

Atas das Jornadas Internacionais

**IGUALDADE E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

The background of the cover is a photograph showing the silhouettes of a man and a young child standing in the shallow water of a beach at sunset. The sky is a gradient of colors from dark blue at the top to bright orange and yellow near the horizon. The water is dark with some white foam from the waves. The man is on the right, leaning forward, and the child is on the left, reaching out towards the man. Their reflections are visible in the water.

Escola de Direito da Universidade do Minho
2020

Atas das Jornadas Internacionais

**IGUALDADE E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação

2020

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”

COMISSÃO CIENTÍFICA

Cristina Dias

Rossana Martingo Cruz

Regina Beatriz Tavares da Silva

REVISÃO E ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

João Nuno Barros

AUTORES

André Gonçalo Dias Pereira | Cristina Dias | Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Diana Coutinho | Filipe Venade de Sousa | Helena Mota | Inmaculada Garcia Presas

João Nuno Barros | Jorge Duarte Pinheiro | Man Teng IONG | Margarida Santos

Maria João Lourenço | Mariana Schafhauser Boçon | Pablo Grande Seara | Patrícia Rocha

Regina Beatriz Tavares da Silva | Rita Lobo Xavier | Roberta Drehmer de Miranda

Rossana Martingo Cruz | Sónia Moreira

DATA DE PUBLICAÇÃO

Fevereiro de 2020

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

Centro de Investigação em Justiça e Governação

FOTO ORIGINAL NA CAPA

Photo by Dvir Adler on Unsplash

PAGINAÇÃO E DESIGN

Pedro Rito

ISBN

978-989-54587-2-1

ÍNDICE GERAL

NOTA INTRODUTÓRIA

IX

A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DOS FILHOS (*Sónia Moreira*)

1

O DEVER DE ASSISTÊNCIA DOS FILHOS AOS PAIS EM SITUAÇÃO DE VELHICE: A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS (*Patrícia Rocha*)

17

RESPONSABILIDADE E IGUALDADE NA PROcriação E NA CRIAÇÃO (*Jorge Duarte Pinheiro*)

33

REVELAÇÃO DO DOADOR DE GAMETAS NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA) E A IGUALDADE ENTRE FILHOS: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO (*Regina Beatriz Tavares da Silva*)

47

DIREITOS REPRODUTIVOS E NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA: O CASO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (*Diana Coutinho*)

75

CONTRATO DE GESTAÇÃO SUB-ROGADA: QUEM ASSUME A PARENTALIDADE EM CASO DE ARREPENDIMENTO? (*Man Teng IONG*)

105

LEI DA PMA EM PORTUGAL E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS (*Mariana Schafhauser Boçon*)

117

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – CONFLITO ENTRE A ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: HAVERÁ UM CAMINHO? (*André Gonçalo Dias Pereira*)

141

REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS E SUA LIQUIDAÇÃO (*Rita Lobo Xavier*)

159

O PROTOCOLO FAMILIAR ENQUANTO COROLÁRIO DA AUTONOMIA DA VONTADE
NA VIDA EMPRESARIAL DA FAMÍLIA (João Nuno Barros)

185

A (FALTA) DE PREPARAÇÃO DOS TRIBUNAIS PARA ASSEGURAR A PROTEÇÃO DAS
MINORIAS DAS MINORIAS: OS CASOS DE ABANDONO ESCOLAR POR CRIANÇAS DE
ETNIA CIGANA (Maria João Lourenço)

201

“IGUALDADE SUCESSÓRIA” ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO BRASIL: UMA
ANÁLISE SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 E A REPERCUSSÃO GERAL
809, DE 10 DE MAIO DE 2017 (Roberta Drehmer de Miranda)

225

A (IRR)RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA AUTODETERMINAÇÃO
SUCESSÓRIA (Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais)

245

PACTOS SUCESSÓRIOS – A SOLUÇÃO DO LEGISLADOR PORTUGUÊS PELA LEI Nº
48/201, DE 14 DE AGOSTO (Cristina Dias)

289

IGUALDADE E DIVERSIDADE NO DIREITO EUROPEU DAS RELAÇÕES FAMILIARES
TRANSFRONTEIRIÇAS. A COOPERAÇÃO REFORÇADA EM FRENTE AO ESPELHO
(Helena Mota)

305

EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA TRAS LA LEY 26/2015
(Inmaculada García Presas)

331

LA INTERVENCIÓN DE LOS PROGENITORES EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN DE
MENORES EN ESPAÑA (Pablo Grande Seara)

343

A INTERVENÇÃO TUTELAR EDUCATIVA: ESPECIFICIDADES, DESAFIOS E
PERSPETIVAS FUTURAS (Margarida Santos)

367

AS RELAÇÕES FAMILIARES E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS: UMA INTERPRETAÇÃO
PRO PERSONA À LUZ DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (*Filipe Venade de Sousa*)

385

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AUDIÇÃO DA CRIANÇA, EM PARTICULAR DA CRIANÇA
COM DEFICIÊNCIA (*Rossana Martingo Cruz*)

409

NOTA INTRODUTÓRIA

A Escola de Direito da Universidade do Minho acolheu, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2019, as Jornadas Internacionais Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares.

As referidas Jornadas, realizadas em parceria com a ADFAS – Associação de Direito da Família e das Sucessões, traduziram um dos primeiros eventos de âmbito internacional e de significativa dimensão que a Escola de Direito organizou na área do Direito da Família e das Sucessões.

A questão da responsabilidade nas relações jurídicas familiares e a afirmação da igualdade no âmbito dessas relações e na integração das diferenças são desafios crescentes para a nossa sociedade actual e futura. Esta foi a temática abordada em várias perspetivas: no domínio da filiação e dos seus efeitos, no domínio da PMA, nos efeitos do casamento e do divórcio, nas matérias relativas à promoção da igualdade e da não discriminação, incluindo as relações sucessórias, bem como no campo da adoção e da delinquência juvenil e da protecção das pessoas com deficiência, sem esquecer as questões internacionais e os problemas colocados à família nas relações transfronteiriças.

Esta obra, em formato *ebook*, é uma compilação dos textos proferidos pelos vários autores no evento¹. A todos os autores, portugueses, brasileiros e espanhóis, que colaboram neste livro, bem como a todos que participaram no congresso, e que, por motivos vários, não puderam entregar o texto escrito, não podemos deixar de agradecer a sua disponibilidade que tornou possível a realização das Jornadas. A participação de autores de reconhecido mérito científico nesta iniciativa prestigia esta obra e a Escola de Direito da Universidade do Minho.

A Comissão Organizadora,

Cristina Dias

Rossana Martingo Cruz

Regina Beatriz Tavares da Silva

¹ As regras de citação utilizadas no âmbito dos vários artigos que compõem a presente obra, e cuja escolha recaiu sobre cada um dos autores responsáveis pela elaboração dos mesmos, foram respeitadas e mantidas inalteradas, não tendo sido objeto de qualquer revisão e/ou modificação em sede de preparação da obra coletiva em mérito.

A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DOS FILHOS

*Sónia Moreira*¹

1. Introdução e colocação de questões 2. O direito à imagem da criança 2.1. As crianças e os seus direitos 2.2. O direito à imagem (em particular) como direito de personalidade 2.3. A violação do direito à imagem dos filhos por parte dos pais 2.4. Um caso em análise: o acórdão do STJ de 30/05/2019 2.5. Os meios de protecção do direito à imagem da criança 3. Conclusão

1. Introdução e colocação de questões

O presente trabalho visa refletir sobre a possibilidade de fazer responder os pais por comportamentos que causem danos aos filhos em sede de exposição da sua imagem, nomeadamente no contexto das redes sociais.

A utilização da imagem dos filhos não é algo de novo. Várias crianças são modelos fotográficos ou participam em séries de televisão ou produções cinematográficas. A exposição da sua imagem e a exploração desta para fins de promoção da própria criança, mesmo em termos profissionais, é algo aceite na nossa sociedade. É deixado aos pais – no exercício das suas responsabilidades parentais – decidir sobre o interesse ou conveniência deste tipo de actividades

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação.

dos seus filhos, bem como estabelecer um equilíbrio entre estas e a escola, os tempos livres das crianças, etc. Contudo, há que refletir sobre os limites desta exposição da imagem da criança e do jovem, principalmente numa era em que o que é disponibilizado na Internet, potencialmente, não desaparece e pode vir a tornar-se prejudicial para aqueles mais frágeis, que não pediram para serem expostos e que, mais tarde, podem ver a sua infância ou juventude à disposição do público em geral.

Se, por um lado, são os pais os detentores das responsabilidades parentais, a quem incumbe decidir o grau de exposição da criança, por outro, o superior interesse da criança não poderá deixar de constituir um limite intransponível ao exercício daquelas. Resta saber quando esse limite foi transposto e quais os meios de protecção de que esta criança pode lançar mão.

2. O direito à imagem da criança

2.1 As crianças e os seus direitos

Longe vai o tempo em que as crianças eram objecto de direitos dos pais. Nos tempos que correm, felizmente, fruto de uma evolução do conceito e do conteúdo do poder paternal para as chamadas responsabilidades parentais e da gradual aceitação de que, tal como os adultos, as crianças são pessoas dotadas de personalidade jurídica, com tudo o que isso implica a nível da titularidade de direitos, às crianças é reconhecido o estatuto de sujeitos de direito. Esta (r)evolução é patente, desde logo, nos vários instrumentos internacionais que regulam o Direito das Crianças, dos quais podemos destacar, desde logo, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989², de onde se deduz que, mais do que objecto de protecção em razão da sua vulnerabilidade, a criança é, tal como um adulto, titular de direitos e deve poder exercê-los de acordo com a sua crescente autonomia³.

Naturalmente, a total autonomia e capacidade da criança apenas se encontram reconhecidas a partir da sua maioridade. Em Portugal (tal como sucede na Convenção dos Direitos da Criança), a maioridade atinge-se aos 18 anos de idade (artigos 129.º e 130.º do CC português), altura em que se adquire, assim, plena capacidade de exercício, passando a poder reger-se a sua pessoa e a dispor

² Disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf, consultado a 20/11/2019.

³ A este respeito, v. SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iurídica*, Tomo L, n.º 291, Setembro-Dezembro, 2001, pp. 159 a 194 e SÓNIA MOREIRA, «Menores: Incapacidade versus autonomia», in MÁRIO FERREIRA MONTE/ MARA CLARA CALHEIROS/ MARIA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA/ ANABELA GONÇALVES (coord.), *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos humanos e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 429 a 436, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/49552>.

dos seus bens, ou seja, passando a exercer os seus direitos e a contrair obrigações por acto próprio (ou através de representante voluntário). Durante a menoridade, em regra, a criança sofre de uma incapacidade negocial de exercício geral, ou seja, é considerada incapaz de exercer a generalidade dos seus direitos, sendo, por isso, representada pelos seus pais (ou tutores, em caso da falta destes, cfr. o art. 1921.º e ss.), nos termos do art. 124.º, que celebram negócios jurídicos em seu nome⁴.

Contudo, o exercício das responsabilidades parentais não se esgota na representação legal do menor no que toca aos seus negócios patrimoniais. Nos termos do art. 1878.º, compete, ainda, "aos pais, *no interesse dos filhos*, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento e dirigir a sua educação". Cabe, assim, aos pais, cuidar da pessoa dos filhos, nomeadamente, zelando pelo respeito dos seus direitos de personalidade ou, eventualmente, autorizando a limitação destes direitos, como sucede, por exemplo, em caso de a criança ter de sofrer uma intervenção cirúrgica, que, necessariamente, implica uma violação da sua integridade física. Em bom rigor, estando aqui em causa um "consentimento tolerante", não se exigirá que a criança possua capacidade negocial de exercício. Assim, poderia ser suficiente uma capacidade natural para consentir⁵, contudo, sendo o CC omissivo a este respeito, atendendo à unidade do sistema jurídico, entendemos que deve recorrer-se à norma do art. 38.º, n.º 3, do CP (sobre o regime geral do consentimento⁶), que apenas exclui a ilicitude do acto se o menor tiver mais de dezasseis anos (não sendo, assim, suficiente esta capacidade natural)⁷.

Vejamus o que sucede no caso do direito à imagem da criança.

⁴ Sobre o regime jurídico da menoridade, v., por todos, HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 346 e ss.

⁵ Como defende RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (reimpr. da ed. de 1995), p. 412, n. 1040.

⁶ Igualmente neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 205 e 206; GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 227-230; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal, separata do BMJ*, 1984, p. 38; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 203.

⁷ Cfr. EVA SÓNIA MOREIRA, «A capacidade dos menores para consentir actos médicos na ordem jurídica portuguesa», *RDFAS (Revista de Direito da Família e das Sucessões)*, Ano 4, vol. 13, jul.-set., 2017, p. 107, disponível em <http://adfas.org.br/2018/04/10/rdfas-13/>. Igualmente neste sentido, HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, cit., pp. 338 e 339; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 317 e 318 (embora na época a lei referisse os 14 anos de idade, o raciocínio é o mesmo); ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 819 a 821.

2.2 O direito à imagem (em particular) como direito de personalidade

O direito à imagem é um dos direitos de personalidade especiais, ou seja, que se encontra expressamente previsto no CC português nos termos do art. 79.º (cabendo, ainda, enquanto direito fundamental, no art. 26.º da CRP).

Os direitos de personalidade são “direitos subjectivos, privados, absolutos” (já que se opõem a todos os terceiros), “gerais” (já que todas as pessoas gozam deles), “extrapatrimoniais” (uma vez que não podem ser avaliados pecuniariamente), inatos (pois nascem com a pessoa), “perpétuos” (visto poderem ser protegidos mesmo após a morte do seu titular), “intransmissíveis” (seja por morte, seja em vida do seu titular), irrenunciáveis (uma vez que o seu titular não pode abdicar deles) e “relativamente indisponíveis” (já que, apesar de o seu titular não poder dispor deles, pode consentir em limitações ao seu exercício), “tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana”^{8 9}.

Deste modo, é possível consentir em limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade, desde que estas não violem os princípios da ordem pública (art. 81.º, n.º 1). Ora, nos termos do art. 79.º, n.º 1, “[o] retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio *sem o consentimento dela*”, consubstanciando este, portanto, uma limitação voluntária ao direito à imagem, que a lei admite expressamente. Na verdade, “[o] primeiro valor pessoal protegido pelo direito à imagem é a auto-determinação da pessoa sobre a sua imagem (...) corolário da autonomia pessoal” pois “a imagem é um veículo de identificação da pessoa e de projecção da sua personalidade”¹⁰.

Assim, quando a lei se refere ao “retrato de uma pessoa” abrange “as diversas formas de identificação visual de uma pessoa”, como a sua reprodução “num desenho ou pintura, captada numa fotografia, editada num filme, representada em esculturas, bonecos, animação, caricaturas, máscaras, utilizada em representações cénicas, na televisão, cinema e difundida na *internet*”¹¹.

⁸ Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *cit.*, p. 195.

⁹ Considerando que os direitos de personalidade são direitos que “traduzem uma *excepcional dignidade ética*, que justifica o regime de tutela reforçado que lhes está associado”, GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Tralho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 27. No mesmo sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2019 (reimpr. da ed. de 2006), p. 126, por entender que “[a] personalidade é o que de mais precioso, de mais relevante a pessoa tem. É o seu próprio ser como pessoa”.

¹⁰ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 55 e 56.

¹¹ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2012, pp. 180 e 181.

Naturalmente, sendo o titular do direito à imagem em causa menor de idade, *em regra* não poderá consentir por si¹², cabendo aos seus pais, enquanto seus representantes legais, consentir em seu lugar¹³.

A norma prevê, ainda, no seu n.º 2, várias situações em que, excepcionalmente, não é necessário o consentimento da pessoa retratada (quando assim o justifique a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, etc.), mas nenhuma caberá nos casos que aqui nos propomos tratar e que dizem respeito à exposição da imagem de crianças em redes sociais, na televisão, através de meios que permitam *download* ou *streaming*, etc.

Pensemos na participação da criança em campanhas publicitárias, em filmes, telenovelas, concursos televisivos, em *reality shows*, em espectáculos de canto, música, dança, etc., divulgados através de meios audiovisuais, portanto, acessíveis ao público. Esta criança vê a sua imagem à disposição do público em geral, quer receba remuneração por este facto, quer não, sendo tal irrelevante para o que aqui se discute, pois, ainda que se entenda que, sem a referida contrapartida monetária, a sua imagem não terá sido “lançada no comércio”, sempre os pressupostos de aplicação da norma do art. 79.º, n.º 1, estarão preenchidos, desde logo por a sua imagem ter sido “exposta” ao público¹⁴. O mesmo poderá dizer-se da exposição da imagem da criança nas redes sociais, seja por terceiros (como os pais de colegas, que, por exemplo, partilhem fotografias de grupo onde a criança está incluída), seja pelos próprios pais, que, muitas vezes, documentam ou partilham a vida dos filhos desta forma, ainda que em grupos mais ou menos fechados, esquecendo-se de que quem tem acesso à imagem pode depois utilizá-la mais tarde e disponibilizá-la na internet, onde esta poderá ficar acessível, potencialmente, para sempre, por mais que se defenda um direito ao esquecimento¹⁵.

¹² Mesmo estando perante um consentimento tolerante, partimos do princípio, para o que aqui releva, de que nos encontramos a tratar de situações em que a capacidade natural da criança não existe, ou seja, em que ela não é, de facto, capaz de consentir por si, caso em que terão de ser os pais, naturalmente, a suprir a sua falta.

¹³ Em bom rigor, não se trata aqui de um consentimento, visto que só pode consentir na violação dos seus direitos o próprio titular (exercendo a sua autodeterminação), mas de uma autorização por parte dos pais. Cfr. (embora sobre o consentimento para actos médicos), ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 813.

¹⁴ O que está em causa nesta norma é o “direito de controlar a captação, recolha e utilização de sinais visualmente identificadores da pessoa”, reconhecendo-se o “grau máximo de intangibilidade à imagem individual”. Cfr. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 108.

¹⁵ Sobre o regime de protecção concedido pelo Regulamento Geral de Protecção de Dados, v., por exemplo, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Protecção de Dados», *Scientia Iuridica*, n.º 350 (Tomo LXVIII), 2019, pp. 165 a 190; SÓNIA MOREIRA, «A protecção das Pessoas Singulares no Novo Regulamento Geral de

Em face dos exemplos aqui colocados, há que colocar duas questões: estaremos perante violações do direito à imagem da criança ou estaremos perante limitações “consentidas” deste direito e, por isso, lícitas?

2.3 A violação do direito à imagem dos filhos por parte dos pais

Como já dissemos, a exposição da imagem da criança não pode ser feita sem a autorização dos pais, que vem suprir a falta do consentimento previsto no art. 79.º, n.º 1, e que afasta a ilicitude da violação do direito à imagem nos termos dos artigos 340.º, n.º 1 (consentimento do lesado).

À primeira vista, portanto, havendo autorização dos pais, estaremos perante limitações voluntárias de um direito de personalidade, permitidas nos termos do art. 81.º, n.º 1, do CC.

Contudo, esta autorização dos pais, decorrente do exercício das responsabilidades parentais, será válida? Não podemos olvidar que as responsabilidades parentais devem ser exercidas *no interesse da criança*. O critério do superior interesse da criança deve ser chamado à colação para se poder determinar a validade deste “consentimento”. Os pais, para prestar validamente a sua autorização, têm de fazer um juízo de valor adequado a este respeito: a participação da criança naquela concreta campanha publicitária (como modelo fotográfico, por exemplo) ou naquele concreto filme (como atriz) é benéfico para a criança (porque lhe proporciona uma experiência interessante, porque lhe abre portas para uma futura carreira profissional, porque lhe permite ganhar dinheiro, por exemplo) ou é prejudicial (porque, no caso concreto, lhe rouba muito tempo livre, deixando esta de poder conviver com os amigos, de descansar devidamente ou de estudar convenientemente)? Neste tipo de actividades, desde que haja um equilíbrio entre os tempos livres da criança e o tempo que terá de gastar na actividade, a referida autorização por parte dos pais poderá ser do seu interesse. No entanto, na determinação deste interesse, conforme a idade e a maturidade da criança, esta deve ser ouvida, sendo a sua opinião levada em conta pelos pais, nos termos do art. 1878.º, n.º 2. Embora a decisão caiba aos pais, entendo, ainda, que a criança não pode ser obrigada a praticar este tipo de actividades extracurriculares contra a sua vontade¹⁶: uma coisa é a criança querer participar e os pais consentirem que

Protecção de Dados Pessoais», in CLARA CALHEIROS/MÁRIO FERREIRA MONTE/ MARIA ASSUNÇÃO PEREIRA/ ANABELA GONÇALVES, *Direito na Lusofonia - Direito e novas tecnologias*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), 2018, pp. 485 a 492.

¹⁶ Tal como sucede no caso de dádiva de órgãos por parte de menores com capacidade de entendimento e de manifestação da vontade, que não se faz sem a concordância destes (art. 8.º, n.º 4, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), regra esta que será válida “para todas as limitações aos direitos de personalidade de menores” (cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*,

o faça, respeitando a sua vontade e garantindo que o equilíbrio entre as várias actividades praticadas pela criança está assegurado; outra coisa é a criança não querer participar, mas os pais entenderem que se trata de uma boa oportunidade para ela. É que, nestes casos, estamos perante actividades que não se inserem no campo das actividades necessárias e essenciais à sua formação e desenvolvimento pessoal (como a formação escolar, religiosa, etc.), às quais a criança não pode escusar-se.

Infelizmente, muitas vezes, os pais não fazem caso da vontade ou da opinião da criança e não é propriamente a pensar nela e no seu interesse que autorizam a exposição da sua imagem. Muitas, muitas vezes, é a pensar neles próprios, no seu orgulho de pais “babados” ou, pior ainda, nas vantagens financeiras de que vão beneficiar. Nestes casos, as responsabilidades parentais não são exercidas de acordo com o interesse da criança, incorrendo, assim, os pais num abuso do direito.

O abuso do direito está previsto no art. 334.º, que determina que “[é] ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

O instituto do abuso de direito decorre da existência de limites imanentes aos direitos subjectivos. Nenhum direito é ilimitado: encontramos sempre limites ao seu exercício nos fins, objectivos e valores que a norma que atribuiu o respectivo direito ao particular visou atingir: “[q]uer dizer, os valores, finalidade e objectivos subjacentes à norma justificam, mas também condicionam, a invocação e o exercício de um determinado direito subjectivo, por ela atribuído¹⁷”. Assim, os direitos subjectivos sofrem de vinculações imanentes, mais ou menos intensas conforme o tipo de direitos em causa, sendo os direitos-deveres direitos que sofrem de uma vinculação mais forte, pois têm o seu exercício condicionado a uma determinada tarefa que o seu titular tem de exercer.

Ora, as responsabilidades parentais são direitos-deveres, cujo exercício está vinculado ao interesse dos filhos (cfr. art. 1878.º, n.º 1). Embora haja au-

cit., p. 215, n. 233. Entendendo que [a] dimensão personalista é muito forte e [se] revela (...) desde cedo, sendo inadmissível que um menor que compreende os valores em jogo e não queira participar (...) seja obrigado a fazê-lo em nome do dever de obediência (...), sobretudo” tendo em conta o determinado pelo art. 1878.º, n.º 2, DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *cit.*, pp. 308 a 310, em especial n. 1097. O autor defende, então, que, caso haja capacidade natural, será sempre necessário o consentimento do menor ao lado do dos representantes legais (dupla competência).

¹⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, *cit.*, p. 299.

tores que as consideram antes como poderes funcionalizados¹⁸, concordamos com a doutrina que as classifica como direitos-deveres¹⁹, pois os pais também as exercem no seu interesse: a nenhum pai ou mãe se diga que não tem o direito de cuidar dos seus filhos e de os ver crescer. Na verdade, nos termos do art. 36.º, n.º 5, CRP, “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, um direito fundamental reconhecido aos pais em ordem “à sua plena realização pessoal”²⁰.

Assim, não sendo as responsabilidades parentais exercidas de acordo com o interesse dos filhos, o seu exercício é ilegítimo, por os pais incorrerem em abuso do direito. Na verdade, neste caso, pode até dizer-se que, ao autorizar a exposição da imagem da criança de forma contrária ao seu interesse, os pais exercem um direito *aparente*, pois as responsabilidades parentais não lhes foram atribuídas com essa finalidade. Estaremos perante um caso de abuso de direito institucional, pois o “direito” dos pais foi invocado para fins que estão fora dos objectivos ou funções para os quais ele foi atribuído pela norma (o “fim social ou económico desse direito”)²¹, desvirtuando a função do instituto jurídico das responsabilidades parentais.

¹⁸ V., por exemplo, a designação “poder-dever” adoptada em FRANCISCO PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Curso de Direito da Família*, 5.ª ed., Vol. I, *Introdução. Direito Matrimonial*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 149; ou de “poder funcional” (apenas “predominantemente orientado para a satisfação do interesse do filho”) em JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pp. 220 e 221; em LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, *Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 580 a 581 e 641 a 642.

¹⁹ V., por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpr. da ed. de 1995), pp. 331 e 332, onde os autores referem que os pais, “embora agindo no interesse dos filhos (...), não deixam de exercer um *direito* (não exercem uma pura actividade de *funcionários* ao serviço dos filhos), porque assim obtêm a realização plena de uma das facetas mais ricas da sua personalidade”; HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, *cit.*, pp. 243 e 244. Considerando que as responsabilidades parentais deveriam antes intitular-se “direitos parentais”, em ordem ao equilíbrio entre o interesse do menor e o dos progenitores, MARIA MANUELA BAPTISTA LOPES/ANTÓNIO CARLOS LOPES FONSECA, «Aspectos da Relação Jurídica entre Pais e Filhos», *Revista Infância e Juventude*, n.º 4, 1988, pp. 7 a 25.

²⁰ Neste sentido, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., 2017, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 600. Também Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram estarmos aqui perante “um verdadeiro direito-dever subjectivo e não uma simples garantia institucional”, acrescentando, ainda, que “[a] garantia de não privação dos filhos (n.º 6 [do art. 36.º da CRP]) é também um *direito subjectivo* a favor dos pais”. J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 565 e 566.

²¹ Sobre o abuso de direito institucional, HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, *cit.*, p. 304., n. m. 451.

Em suma, os pais não podem autorizar a exposição da imagem dos filhos se esta for contrária ao seu interesse. Caso contrário, a autorização não será válida e, por isso, não afastará a ilicitude do acto, consubstanciando este, deste modo, uma violação do direito à imagem da criança.

O mesmo vale caso sejam os próprios pais a expor a imagem da criança: desta vez, serão eles próprios a violar os direitos de personalidade dos filhos, uma vez que o exercício das responsabilidades parentais não pode contrariar o seu interesse²². Temos de perguntar-nos, então, qual é o benefício que uma criança retira do facto de a sua vida ser constantemente documentada e posta à disposição de outros, desrespeitando-se a sua privacidade (portanto, sendo aqui violado também o seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, previsto no art. 80.º do CC, igualmente como direito de personalidade especial²³, e no art. 26.º, n.º 1, da CRP, como direito fundamental), quiçá colocando em risco o seu sentido de auto-estima no futuro²⁴. Creio que a resposta a esta pergunta nos obriga a concluir que o exercício das responsabilidades parentais não legitima esta actuação. O superior interesse da criança, em regra, o não permitirá²⁵.

2.4 Um caso em análise: o acórdão do STJ de 30/05/2019

A este respeito será útil procedermos a uma reflexão sobre um caso mediático, que foi recentemente decidido pelo STJ português no Ac. de 30/05/2019,

²² Considerando, igualmente, que os poderes integrados nas responsabilidades parentais “estão eles próprios submetidos aos limites emergentes da sua razão de ser, que é a proteção e a promoção do desenvolvimento do filho, devendo, em geral, o seu exercício ter em conta o interesse e a participação do menor”, JORGE DUARTE PINHEIRO, «A Tutela da personalidade da criança na relação com os pais», *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, 2015, n.º 338, p. 249.

²³ Sobre o conteúdo deste direito, v., por todos, PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 524 e ss.

²⁴ ROSSANA MARTINGO CRUZ, «A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança», in *Direito e Informação na Sociedade em rede: Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação*, Porto, 2016, p. 289, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>, consultado em 5 de dezembro de 2019. A autora acrescenta, ainda, que os pais “não são «proprietários» da imagem dos filhos, nem da sua privacidade, não lhes sendo lícito, sem mais, dispor destes direitos de personalidade”. Sobre estas questões, v., ainda, ROSSANA MARTINGO CRUZ, «¿Pueden los padres difundir imágenes de sus hijos menores en las redes sociales? Ponderación del interés superior del menor», in FEDERICO BUENO DE MATA (coord.), *Fodertics 5.0. Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 445 e ss.

²⁵ Considerando, igualmente, que, em regra, a criança não terá benefício nem interesse na exposição ao público nas redes sociais (ainda que em grupos mais restritos), pelo que os pais se devem abster desse comportamento, ROSSANA MARTINGO CRUZ, «A divulgação da imagem do filho menor (...)», *cit.*, p. 292.

sendo relatora Catarina Serra²⁶. Dizia respeito a um *reality show*, que chegou a exibir dois episódios na televisão portuguesa e que exibia a vida familiar de crianças “problemáticas”, que, alegadamente, sofriam de problemas de indisciplina. A produtora em questão afirmava tratar-se de um documentário (e não de um espectáculo), que visava ajudar as famílias portuguesas, ensinando-lhes a lidar com estas crianças. A vida quotidiana das crianças era retratada, sendo filmadas em sua casa a tomar banho (em nudez parcial), de pijama, a fazer birras, a ser disciplinadas pelos pais, a bater nos pais, a atirar-se para o chão, a bater com as portas, etc. Estas cenas eram assistidas por uma psicóloga/terapeuta, com o intuito de ensinar os progenitores estratégias educativas, ajudando-os a estabelecer regras e limites aos filhos, com vista a criar uma dinâmica familiar mais saudável.

A produtora entregava aos pais das crianças um “acordo de participação”, que os pais se limitavam a assinar, e mediante o qual dizia adquirir os direitos de imagem e propriedade intelectual dos pais das crianças, que por sua vez lhes cediam, mediante o pagamento de uma contrapartida de 1.000€. Os pais autorizavam a utilização do direito à imagem das crianças, considerando o documento que se tratava de uma “limitação da reserva sobre a intimidade da (...) vida privada”, feita pelos pais enquanto representantes legais.

A acção em causa (uma acção especial para tutela da personalidade) foi intentada pelo Ministério Público, em representação das seis crianças envolvidas, contra os pais das respectivas crianças, a empresa produtora do programa e a televisão onde o programa foi exibido, após denúncia de um avô que assistiu ao primeiro episódio e entendeu que os direitos da neta não estavam a ser respeitados. Em suma, o Ministério Público pediu que o tribunal decidisse, provisoriamente e de imediato, que estas entidades fossem condenadas a não expor a imagem das crianças ao público, fosse através de que meio fosse (incluindo *streaming* e através de *download*, em plataformas como o *youtube* ou similares), retirando os episódios já exibidos de circulação; pediu, ainda, que o episódio n.º 3, já filmado mas não exibido, não pudesse ser exibido ou, caso se entendesse mais adequado, que a sua exibição fosse “expressamente condicionada à utilização de filtros de imagem e de voz que permit[issem], de modo inequívoco, evitar que as crianças e jovens [fossem] susceptíveis de serem identificados”. Finalmente, pediu que a decisão provisória requerida fosse convertida em definitiva e vinculasse as referidas produtora e televisão “a que todos os eventuais e futuros programas do mesmo formato apenas [pudessem] ser exibidos nos moldes que o Tribunal [viesses] a determinar”.

²⁶ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/32d36f-4f4a970a598025840a00511a7f?OpenDocument>, consultado em 14/11/2019.

Apesar de a decisão provisória ter atendido aos pedidos, na sua decisão final o tribunal de primeira instância julgou “improcedente, porque manifestamente inviável, o quarto pedido deduzido pelo Ministério Público, dele absolvendo, as requeridas”; quanto ao episódio n.º 3, concluiu “pela ausência de ameaça ilícita à personalidade dos menores no mesmo retratados, revogando, em consequência, a sua proibição de exibição ou condicionada a colocação de filtros”, embora tivesse julgado procedentes os pedidos quanto aos episódios n.ºs 1 e 2.

Houve recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa tanto pelo MP como pelas Rés produtora e televisão, tendo a segunda instância decidido por acórdão de 11/12/2018 “julgar parcialmente procedente o recurso interposto pelo Ministério Público e, em consequência”, determinou que as rés não pudessem exibir ou por qualquer modo divulgar o episódio 3, sem que, previamente, comunicassem, solicitassem e obtivessem autorização da participação dos menores no programa à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens competente, devendo o mesmo ser feito relativamente a todos os futuros episódios, independentemente de quem viessem a ser as crianças em causa. A Relação de Lisboa julgou, ainda, totalmente improcedentes os recursos interpostos pelas rés. Desta decisão houve recurso de revista para o STJ, tendo este decidido o seguinte:

I. O direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e os outros direitos de personalidade são concretizações da dignidade da pessoa humana, que é um valor intangível e indisponível.

II. Se são admissíveis, por princípio, limitações aos direitos de personalidade, já não o são aquelas que atinjam/toquem o limite da dignidade da pessoa humana, por violarem o princípio da ordem pública.

III. Através do conceito indeterminado de “ordem pública”, o Direito protege os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis por serem base da coexistência social e garantes de um bem público.

IV. A instrumentalização das pessoas e, em particular, das crianças é contrária à ordem pública, pois ofende o valor da dignidade humana”.

V. Num contexto deste tipo, a limitação dos direitos de personalidade por via do consentimento é absolutamente irrelevante como causa de exclusão da ilicitude da lesão (cfr. artigos 81.º, n.º 1, e 280.º, n.º 2, do CC).

Ou seja, o STJ negou provimento à revista e confirmou o acórdão recorrido. Embora não tivesse lançado mão do instituto do abuso de direito, a decisão do Supremo vai de encontro às nossas reflexões: no caso não foi respeitado o superior interesse da criança; esta foi instrumentalizada, o que fere a sua dignidade²⁷ e, com isso, entramos no campo da violação dos princípios da ordem pública, limites incontornáveis previstos no art. 81.º, n.º 1, do CC.

Em suma, sendo inválido, o consentimento prestado pelos pais das crianças, não afasta a ilicitude do acto em causa, constituindo este, assim, a violação do seu direito à imagem (e, no caso, também do seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada).

2.5 Os meios de protecção do direito à imagem da criança

Sendo o direito à imagem um direito de personalidade (especial), encontra o seu regime previsto no art. 70.º. Em caso de ofensa ilícita ou ameaça de ofensa ilícita (como vimos ser o caso de o “consentimento” dos pais não respeitar o interesse da criança), a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso. Estas providências podem ser providências preventivas, em face de uma ameaça de ofensa, com o intuito de evitar que esta se venha a consumir; ou de remédio, caso a ofensa já se tenha concretizado, com o intuito de atenuar os seus efeitos²⁸.

Assim, em caso de violação já concretizada do direito à imagem da criança, esta poderá requerer aos pais (e/ou terceiros) que retirem a imagem do lugar onde foi publicada (seja em sítio da *internet*, plataformas ou redes sociais, etc.), que não a voltem a disponibilizar ao público e que façam tudo ao seu alcance para que terceiros que tenham tido acesso à imagem sejam impedidos de a disponibilizar (em algo que se assemelha ao exercício do seu direito ao esquecimento, previsto no RGPD no que toca aos dados pessoais; é de lembrar, aliás, que a imagem de uma pessoa pode ser considerada um dado pessoal²⁹...); que as filmagens ou fotografias sejam apagadas ou devolvidas, etc.

Contudo a lei não se fica por aqui, prevendo, ainda a possibilidade de o lesado recorrer ao instituto da responsabilidade civil. Nos termos da 1.ª parte do

²⁷ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, v., por exemplo, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 105 e ss.

²⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 101 e 208 e ss.

²⁹ SÓNIA MOREIRA, «A protecção das Pessoas Singulares no Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados Pessoais», in CLARA CALHEIROS/MÁRIO FERREIRA MONTE/ MARIA ASSUNÇÃO PEREIRA/ ANABELA GONÇALVES, *Direito na Lusofonia - Direito e Novas Tecnologias*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov), 2018, pp. 486 e 487, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/59737>.

art. 70.º, n.º 2, as providências adequadas podem requerer-se “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar”.

No caso, tendo sido violado ilicitamente o direito à imagem da criança e havendo danos causados pela sua exposição ao público por parte dos pais, esta terá direito a ser ressarcida por estes nos termos da responsabilidade civil por factos ilícitos (art. 483.º, n.º 1), estando preenchidos todos os seus pressupostos. Possivelmente, os danos em causa serão danos não patrimoniais, que, desde que graves, merecerão a tutela do direito. Atendendo ao tipo de violação aqui apontado, não é de descuidar a hipótese de uma criança, no futuro, sofrer com a exposição mediática de que foi objecto na infância ou juventude: a sua auto-estima, a sua auto-confiança, a sua forma de se relacionar com os outros, nomeadamente com os seus pais, pode ter sido consideravelmente afectada. Pensemos na criança a quem foi negada privacidade, por os pais terem partilhado com o público fotos de vários momentos da sua vida privada.

A este respeito é muito interessante o caso de uma adolescente austríaca cujos pais partilhavam nas redes sociais fotos suas, documentando a sua vida privada, apesar de esta constantemente lhes pedir que o não fizessem e que retirassem as fotos já postadas. Os pais negavam-se a fazê-lo, com o argumento de que eles eram os pais e, por isso, podiam fazer com a imagem da filha o que bem entendessem. Assim que atingiu a maioridade, esta jovem intentou uma acção contra os pais³⁰.

É de nos questionarmos o motivo pelo qual não pôde esta jovem reivindicar e ver protegidos os seus direitos mais cedo. Se a situação tivesse ocorrido em Portugal, para além de ser possível recorrer-se ao MP, que tem como competência a defesa dos incapazes (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público³¹) e que poderia intentar uma acção em seu nome pedindo as já referidas providências adequadas (e uma eventual indemnização nos termos do art. 483.º, n.º 1), ainda seria possível lançar-se mão das medidas de protecção previstas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo³².

O art. 3.º, n.º 1, da referida lei determina que “[a] intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a [sua] guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento (...)”, elencando alguns exemplos de situações de perigo no seu n.º 2.

³⁰ Cfr. <https://www.irishtimes.com/news/world/europe/austrian-teen-sues-parents-over-embarrassing-facebook-photos-1.2791353>, consultado em 21 de Dezembro de 2019.

³¹ Aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, cuja última redacção foi aprovada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.

³² Aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, cuja última redacção consta da Lei n.º 26/2018, de 05 de Julho.

Creemos que as situações que temos vindo a analisar podem enquadrar-se, eventualmente, nas previstas nas alíneas b) (“[s]ofre maus tratos (...) psíquicos (...)”); e) ([é] obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento”,) e f) (“[e]stá sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional”).

As als. b) e f) serão enquadráveis nos casos em que a imagem da criança é exposta ao público pelos pais, por exemplo, nas redes sociais, vendo a sua vida documentada e a sua privacidade violada, pois estes comportamentos por parte dos pais podem colocar em causa a sua segurança (pense-se nos predadores sexuais que utilizam estes meios para identificar vítimas) e o seu equilíbrio emocional, provocando danos na sua auto-estima, na sua auto-confiança e na forma como se relaciona com os outros.

A al. e) permite enquadrar os casos em que a criança é obrigada a participar em actividades culturais ou em programas de entretenimento de forma contrária ao seu interesse ou em clara violação dos seus direitos (à imagem e à privacidade), como vimos suceder no caso da sua participação em *reality shows*, mas podendo suceder também nos casos em que a sua participação em outro tipo de programas possa contender com o seu tempo de descanso, de lazer, de convívio com os pares ou de estudo, prejudicando, assim, o seu desenvolvimento e formação.

Consideramos, ainda, que também é possível recorrer-se ao Regime Geral Tutelar Cível. Assim, nos termos do art. 3.º, al. h), estaremos perante situações que podem contender com a inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais, pelo que poderá ser de lhes aplicar também o regime previsto nesta lei.

3. Conclusão

O exercício das responsabilidades parentais por parte dos pais inclui a possibilidade de expor ou de autorizar a exposição da imagem dos filhos ao público. Contudo, para tal, é necessário que se respeite o superior interesse da criança, pois é no interesse desta que aquelas devem ser exercidas. Ora, os pais devem entender que aquilo que parece ser inócuo e inocente a seus olhos, poderá não o ser aos olhos da criança ou do jovem, senão agora, pelo menos no futuro. É urgente consciencializar os pais dos potenciais riscos a que sujeitam as crianças ao expor a sua imagem, bem como dos potenciais danos que estas podem vir a sofrer. É fundamental que os pais entendam que não podem dispor do direito à imagem dos filhos e do direito à reserva sobre a intimidade da sua vida privada como se fossem seus. Porque o não são, são direitos pessoais dos filhos, devendo os pais, por isso, actuar com a máxima cautela neste âmbito, só expondo a sua

imagem nos casos em que efectivamente há interesse (e até vontade da criança na partilha da sua imagem).

Porque, senão, um dia, no futuro, os filhos terão toda a legitimidade para lhes apontar o dedo e dizer: "Tens de responder pelo que me fizeste".

Obrigada pela vossa atenção.

O DEVER DE ASSISTÊNCIA DOS FILHOS AOS PAIS EM SITUAÇÃO DE VELHICE: A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS¹

Patrícia Rocha²

1. Introdução

O dever de assistência dos filhos aos pais em situação de velhice: a obrigação de prestar alimentos é um tema que assume particular importância nos nossos dias atendendo, desde logo, ao aumento da esperança média de vida e, conseqüentemente, ao envelhecimento da população³. Na verdade, esta é uma

¹ O presente texto corresponde à comunicação realizada no âmbito das Jornadas Internacionais “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”, organizada pela Escola de Direito da Universidade do Minho, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2019.

² Prof.^a Adjunta na ESTG – Politécnico de Leiria. Investigadora do IJP – IPLeiria.

³ De acordo com a informação disponibilizada pelo Instituto Nacional de Estatística, “[a] esperança de vida à nascença em Portugal foi estimada em 80,80 anos para o total da população, sendo de 77,78 anos para os homens e de 83,43 anos para as mulheres, no triénio 2016-2018”, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=354419871&DESTAQUESmodo=2, consultado a 4 de novembro de 2019.

realidade inegável com tendência a aumentar^{4/5}. Verifica-se também, como destacam alguns autores, o “(...) envelhecimento da própria população idosa”⁶.

Como sabemos a pessoa idosa pode estar exposta a situações de carência, dependência e vulnerabilidade. Tendo em conta os laços familiares e a inerente solidariedade familiar⁷, será junto da família que a pessoa idosa carenciada tenderá a procurar apoio.

Como decorre do artigo 1874.º, n.º 1, do CC, “[p]ais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”. Este é, entre outros, um dos efeitos da filiação⁸.

Relativamente ao dever de assistência, que abrange a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, para os encargos da vida familiar (artigo 1874.º, n.º 2, do CC), teremos presente apenas a obrigação de prestar alimentos dos filhos aos pais (artigo 2009.º, n.º 1, al. b), do CC) e, neste contexto, pela particular relevância que assume, a obrigação de alimentos dos filhos aos pais em situação de velhice.

⁴ Com efeito, segundo o Instituto Nacional de Estatística, “[o] número de idosos tem aumentado, em particular o grupo com 80 e mais anos. Na sua maioria (58,2%), os idosos são mulheres. Nos próximos 25 anos o número de idosos poderá mais do que duplicar o número de jovens”, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=5546132&DESTAQUESmodo=2, consultado a 4 de novembro de 2019. Refira-se também que, de acordo com as “*Projeções de População Residente em Portugal*”, disponibilizadas pelo Instituto Nacional de Estatística “(...) Face ao decréscimo da população jovem, a par do aumento da população idosa, o índice de envelhecimento mais do que duplicará, passando de 147 para 317 idosos, por cada 100 jovens, em 2080”, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=277695619&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt, consultado a 4 de novembro de 2019.

⁵ Na União Europeia cfr. os dados disponibilizados pelo Eurostat em <https://ec.europa.eu/eurostat/news/news-release>, consultado a 4 de novembro de 2019. V. também a publicação do Eurostat – “*Ageing Europe – looking at the lives of older people in the EU - 2019 edition*”, disponível em <https://ec.europa.eu/eurostat/publications/statistical-books> consultado a 4 de novembro de 2019.

⁶ Como é o caso de Joana Sousa Ribeiro, “Processos de Envelhecimento: a Construção de um Direito Emancipatório”, in AAVV, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coordenação: Guilherme de Oliveira, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 206.

⁷ V., entre outros, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 591, J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social”, in AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coordenação: Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, p. 351, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 48.

⁸ Sobre os efeitos da filiação v., entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 202-256.

Assim, ainda que a obrigação de alimentos, possa resultar da celebração de um negócio jurídico - n.º 1 do artigo 2014.º do CC⁹ -, teremos como referência a obrigação legal de alimentos que resulta da relação de parentesco¹⁰ (artigo 2009.º, n.º 1, al. b), do CC) e que decorre da solidariedade familiar.

Procuraremos, desta forma, efetuar a descrição concisa da obrigação legal de alimentos prevista no Código Civil, destacando algumas das múltiplas questões que o tema suscita.

2. Dever de assistência: obrigação de alimentos dos filhos aos pais em situação de velhice

2.1 O dever de assistência

Conforme referido, o dever de assistência, que existe durante a vida de pais e filhos^{11/12}, está consagrado no artigo 1874.º, n.º 1, do CC e é, como refere a doutrina, um dever patrimonial^{13/14}.

⁹ Sobre a distinção entre *alimentos legais e negociais* v., entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 46, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, *ob. cit.*, pp. 47 e 48 e Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, volume V, pp. 605 e 606.

¹⁰ O parentesco, como alude o artigo 1578.º do CC, é “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”. Para maiores desenvolvimentos sobre o parentesco v., entre outros, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 43-49, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 34-37, Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 87-99, Diogo Leite de Campos/Mónica Martínez de Campos, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 29, Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, volume IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 27-39.

¹¹ Como refere Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 205, “[o]s 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. (...) 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”.

¹² No entanto, segundo J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 350 e 351, “[c] onstata-se, de facto, quando se comparam os arts. 36.º da Constituição, máxime o seu n.º 5, com o 72.º/1, um desnível de protecção entre, por um lado, a família constituída pelos pais e filhos e, por outro, a família que acolhe os ascendentes: os pais têm o poder-dever de educação e manutenção dos filhos, mas, quanto aos seus ascendentes, eles têm apenas uma geral obrigação de alimentos”.

¹³ Neste sentido, cfr. nomeadamente, Diogo Leite de Campos/Mónica Martínez de Campos, *ob. cit.*, p. 410, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 206, Paula Távora Vitor, “O dever familiar de cuidar dos mais velhos” *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 45 e 46.

¹⁴ Relativamente à distinção entre o dever de alimentos e o dever de auxílio v., nomeadamente, Paula Távora Vitor, “O dever familiar...”, *loc. cit.*, pp. 45 e 46. No âmbito do dever de auxílio, pela especial importância que reveste a figura dos cuidadores, é de referir a Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, que aprovou o Estatuto do Cuidador Informal.

É, no entanto, o n.º 2 do referido preceito legal que descreve o conteúdo do referido dever. Assim, resulta da lei que o dever de assistência abrange a obrigação de prestar alimentos e, outrossim, a obrigação de contribuir, durante a vida em comum, para os encargos da vida familiar que, desta forma, assume relevo quando existe coabitação entre pais e filhos¹⁵.

2.2 Obrigação de alimentos: credor e devedor

Decorre do artigo 2004.º, n.º 1, do CC a necessidade de efetuar, desde logo, a articulação entre a necessidade do credor e as possibilidades financeiras do devedor de alimentos.

Ora, na verdade, os pais, enquanto credores de alimentos¹⁶, podem encontrar-se numa situação de carência económica para subsistir em qualquer momento da vida. De todo o modo, não podemos descuidar que a carência económica é suscetível de ocorrer com maior frequência nos casos de velhice. Se é certo que a pessoa idosa pode ter recursos económicos suficientes para a sua subsistência, não é menos certo que as situações de pobreza tendem a aumentar nesta particular fase da vida. Na verdade, com uma idade mais avançada e, nomeadamente, com a alteração dos rendimentos decorrente do acesso à pensão de velhice, do aumento dos encargos com a saúde, os pais podem, com efeito, nessa fase da vida, ficar numa situação de maior carência económica. Parece-nos, na verdade, que pode existir uma correlação entre o envelhecimento e os índices de pobreza¹⁷.

Acresce que, o aumento da longevidade, facto naturalmente positivo, surge, não raras vezes, associado ao aumento de doenças degenerativas por vezes geradoras de incapacidades. Encontrando-se a pessoa idosa numa situação de incapacidade, importa aludir à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto que, alterando vários diplomas legais nomeadamente o Código Civil, instituiu o regime jurídico do maior acompanhado e revogou os institutos da interdição e da inabilitação.

¹⁵ V., entre outros, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 206.

¹⁶ O direito a alimentos como alude o n.º 1 do artigo 2008.º do CC, é irrenunciável e não pode ser cedido. No entanto, a parte final da referida disposição legal permite a renúncia das prestações vencidas. Como referem Pires de Lima/Antunes Varella, *ob. cit.*, volume V, p. 589, “[u]ma coisa é a renúncia ao direito de alimentos para futuro – que a lei proíbe e nenhuma validade reconhece. Outra coisa é a renúncia a prestações já vencidas, que o credor não reclamou na altura própria e sem as quais acabou por viver”. O mesmo artigo consagra, igualmente, a impenhorabilidade do crédito de alimentos e a impossibilidade de compensação (n.º 2). Para maiores desenvolvimentos v., nomeadamente, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁷ Neste sentido, o Instituto Nacional de Estatística destaca que o risco de pobreza aumentou na população idosa, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=315156875&DESTAQUESmodo=2, consultado a 30 de outubro de 2019.

Assim, de acordo com o artigo 138.º do CC, “[o] maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”^{18/19}.

Considerando apenas as situações de carência económica durante a velhice, o credor de alimentos será o progenitor, especificamente o progenitor idoso. Todavia, no nosso ordenamento jurídico, conforme destaca a doutrina, não é fácil elencar um critério tendente à elaboração do conceito de idoso^{20/21}.

Partilhamos o entendimento de Paula Távora Vítor quando refere que, “(...) a idade avançada não se apresenta como fundamento suficiente para a criação artificial de uma categoria autónoma da velhice, alvo de um tratamento jurídico unitário, embora determinadas situações potenciadas pelo envelhecimento possam e devam ser tidas em conta pelo Direito. Isto porque a idade avançada não determina a existência de uma categoria homogênea de sujeitos”²².

Com efeito, importará articular a idade com eventuais situações de carência, vulnerabilidade²³. A conjugação destes fatores afigura-se essencial. São

¹⁸ Sobre esta matéria v., entre outros, Mafalda Miranda Barbosa, *Maiores Acompanhados, Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Coimbra, Gestlegal, 2018, *passim*. Como refere a autora, p. 54 “[n]as razões de saúde integram-se quer as patologias de ordem física, quer as patologias de ordem psíquica e mental. Parece, portanto, haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações. Deixamos de estar limitados pela noção de anomalia psíquica e pelas dificuldades de recondução de algumas doenças que, afetando sistemicamente o corpo humano, podem não contender diretamente com a mente. Pense-se, por exemplo, nas doenças do sistema nervoso periférico que, provocando uma atrofia muscular absolutamente incapacitante, não alteram o pensamento”.

¹⁹ V. Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 300.

²⁰ Como refere Paula Távora Vítor, “O dever familiar ...”, *loc. cit.*, p. 47 “[a]o contrário do que acontece com as crianças e os jovens, que grosso modo podemos inserir na categoria dos menores de idade, quanto aos “mais velhos” ou às “pessoas idosas”, já não encontramos um critério unívoco que nos permita delimitar claramente este círculo de sujeitos”. V. também Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre a Tutela do Idoso no Direito da Família”, in *AAVV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 420-422. No mesmo sentido, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 298, nota 698, refere que “[o] conceito de idoso não é totalmente claro”.

²¹ Como refere Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, p. 421, “(...) no que diz respeito aos idosos, sendo estes maiores, presume-se que estejam na sua plena capacidade, não sendo aconselhável a sua inserção numa categoria estanque, que esteja alocada a uma idade avançada, porquanto tal medida, supostamente pejada de boas intenções, irá limitar direitos de maiores de idade, surtindo ainda um efeito estigmatizante”.

²² Paula Távora Vítor, “O dever familiar...”, *loc. cit.*, p. 48.

²³ Paula Távora Vítor, *ibidem*.

as pessoas de idade mais avançada e, simultaneamente, mais vulneráveis, que reclamam maior proteção²⁴.

Ora, nesta matéria, não podemos deixar de fazer referência ao ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a Lei n.º 10.741, de 1 de outubro de 2003, que aprovou o Estatuto do Idoso, consagra os direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (artigo 1.º da referida Lei)²⁵.

Contrariamente, não temos no nosso ordenamento jurídico um Estatuto do Idoso²⁶ solução que, apesar de não ser consensual na doutrina, é defendida por alguns autores²⁷.

²⁴ Como refere Paula Távora Vitor, “O dever familiar ...”, *loc. cit.*, p. 49, “(...) não basta estarmos perante uma pessoa idosa, sem mais, para encontrarmos o titular de um direito a beneficiar dos cuidados por parte dos seus familiares. Exige-se algo mais. Este plus será o facto de tal sujeito ter de se revelar necessitado de auxílio”.

²⁵ Diploma disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm, consultado a 8 de outubro de 2019. Como dispõe o artigo 3.º do referido Estatuto, “[é] obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. Relativamente a alimentos, de acordo com artigo 12.º do Estatuto do Idoso, esta é uma obrigação solidária, permitindo ao idoso optar entre os prestadores. No âmbito da assistência social, o artigo 34.º do Estatuto do Idoso, consagra um benefício mensal de um salário mínimo quando, a partir dos sessenta e cinco anos, o idoso demonstre insuficiência económica para prover à sua subsistência e, bem assim, não seja possível assegurar a sua subsistência no seio da família. É de referir que o diploma concede, em várias disposições legais, proteção especial aos maiores de 80 anos – v. os artigos 3.º, 2§; 15.º, 7§ e 71.º, 5§ do Estatuto do Idoso. Sobre esta matéria v., entre outros, Siro Darlan de Oliveira, “O Estatuto do Idoso”, in AAVV, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coordenação: Guilherme de Oliveira, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 233-236.

²⁶ É de referir a Resolução da Assembleia da República n.º 70/2015, de 1 de julho, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 126, de 1 de julho de 2015, que “recomenda a adoção de medidas de promoção dos direitos das pessoas idosas e proteção relativamente a formas de violência, solidão e abuso” e, neste sentido recomenda ao Governo a criação do Estatuto do Idoso. Cfr. também a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 165, de 25 de agosto de 2015, que aprova a “Estratégia de Proteção ao Idoso” e que elenca como medidas, nomeadamente: “reforçar os direitos dos idosos”; “alterar o Código Civil, em sede de regime das incapacidades e seu suprimento”; “reforçar a proteção dos direitos dos idosos em matéria de direito sucessório”, “reforçar a proteção dos direitos dos idosos, através da tutela penal”. Destacando a referida Resolução do Conselho de Ministros, Vitor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, p. 420, sublinha a discussão em torno da criação de “regras jurídicas adaptadas ao idoso”.

²⁷ Defendendo a criação de uma “Lei do Idoso”, veja-se Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 302. Em sentido contrário, v., nomeadamente, Paula Távora Vitor, “O dever familiar...”, *loc. cit.*, p. 48, nota 55 e Vitor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, p. 430.

Finalmente, importa referir, sem carácter exaustivo, algumas normas que, no nosso ordenamento jurídico, fazem menção à idade mais avançada²⁸.

No plano constitucional merece destaque o disposto nos artigos 67.º, n.º 2, al. b), e 72.º da CRP. Com efeito, inseridos no Capítulo II – “Direitos e deveres sociais” do Título III – “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, os referidos preceitos constitucionais consagram a proteção da família²⁹ e da terceira idade³⁰, respetivamente. Ora, de acordo com a al. b) do n.º 2 do artigo 67.º, *in fine*, compete ao Estado, no âmbito da proteção da família, promover uma política de terceira idade³¹. Acresce, como dispõe o artigo 72.º, n.º 1, da CRP, que “[a]s 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 a superem o isolamento ou a marginalização social”³².

No Código Civil refira-se, nomeadamente, o artigo 114.º, n.º 1, que, no âmbito da morte presumida, consagra um regime específico aplicável ao ausente que tenha completado oitenta anos de idade; o artigo 1720.º, n.º 1, al. b), que impõe o regime imperativo da separação de bens aos nubentes que pretendam celebrar casamento e tenham completado sessenta anos; o artigo 1934.º, n.º 1, al. g), que permite a quem tiver mais de sessenta e cinco anos escusar-se da tutela; o artigo 1979.º, n.ºs 3 e 5, referente à idade máxima para adotar - regra geral - sessenta anos e o artigo 2085.º, n.º 1, al. a), que consagra a possibilidade de escusa do cargo de cabeça de casal se este tiver mais de setenta anos³³.

No novo regime do arrendamento urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, existem várias disposições legais aplicáveis especificamente ao arrendatário de idade igual ou superior a sessenta e cinco anos de idade, nomeadamente, os artigos 13.º - B, n.º 6; 31.º, n.º 4, al. b); 32.º, n.º 4; 36.º.

²⁸ Para maiores desenvolvimentos v., nomeadamente, Paula Távora Vítor, “O dever familiar...”, *loc. cit.*, pp. 47-49; Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, pp. 421-422, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 298, nota 698.

²⁹ V. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 154-155.

³⁰ V. Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 298.

³¹ V. J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 854-861.

³² Como referem J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 884, “[o]s direitos das pessoas idosas ou «direitos do envelhecimento» adquirem expressão prática através da concretização e efectivação de outros direitos, entre os quais a Constituição destaca o direito a segurança económica (que deve ser garantido naturalmente pelo sistema de segurança social, mediante pensões de velhice e de aposentação) (cfr. AcTC n.º 576/96) e o direito a condições de habitação, de convívio familiar e comunitário apropriadas (que devem ser asseguradas pela integração familiar dos idosos e por mecanismos comunitários, como lares, centros de convívio, etc.)”.

³³ V., entre outros, Paula Távora Vítor, “O dever familiar...”, *loc. cit.*, p. 47.

No Direito da Segurança Social pode referir-se, sobretudo, a idade normal de acesso à pensão de velhice e à pensão social de velhice que, nos termos do artigo 20.º, n.ºs 3 e 9, do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, do artigo 1.º da Portaria n.º 25/2018, de 18 de janeiro e do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 464/80, de 13 de outubro, é, em 2019, 66 anos e 5 meses. **É também esta a idade exigida, uma vez verificados os demais requisitos**, em sede de complemento solidário para idosos (artigo 4.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de dezembro). Já em matéria de acolhimento familiar de idosos e adultos com deficiência, uma das condições exigidas no Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de outubro, é idade igual ou superior a sessenta anos (artigo 6.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de outubro).

No plano internacional, não podemos deixar de referir o artigo 25.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o artigo 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁴.

Quanto ao devedor de alimentos, não obstante o elenco amplo que resulta do artigo 2009.º do CC, teremos apenas em conta a obrigação que recai sobre os descendentes e, mais especificamente, sobre os filhos (artigos 1874.º e 2009.º, n.º 1, al. b), do CC). Como resulta do artigo 2009.º, n.º 1, al. b), do CC, os descendentes estão, com efeito, vinculados à prestação de alimentos. O predito preceito legal, que estabelece a sequência de pessoas vinculadas à prestação de alimentos (cônjuge ou ex-cônjuge; descendentes; ascendentes; irmãos; tios – durante a menoridade do alimentando-; padrasto e madrasta – em relação aos enteados menores a seu cargo no momento da morte do cônjuge), consagra que “[s]e *algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes*” (n.º 3 do artigo 2009.º do CC).

Desta forma, no caso concreto de necessidade económica da pessoa em situação de velhice e, na falta de cônjuge ou ex-cônjuge – que responderá primeiro –, a obrigação legal de alimentos recairá sobre os descendentes. E, entre os descendentes (e ascendentes), os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado (artigos 2009.º, n.º 2 e 2135.º do CC), o que, no entanto, de acordo com o artigo 2138.º do CC, não prejudica o direito de representação³⁵.

³⁴ Na União Europeia refira-se, nomeadamente, a Decisão n.º 940/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2011, publicada no Jornal Oficial da União Europeia série L, n.º 246, de 23 de novembro de 2011, “*sobre o Ano Europeu do Envelhecimento Activo e da Solidariedade entre as Gerações (2012)*”.

³⁵ Para maiores desenvolvimentos v., nomeadamente, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 46 e 47; Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, volume V, pp. 591-595 e J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 354 e 355, André Dias Pereira/Juliana Campos, “Envelhecimento: Apontamento acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civis e criminais”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 10, 2017,

Todavia, como referimos, importa ter presente o disposto no n.º 3 do artigo 2009.º, do CC porque, se os filhos não tiverem possibilidades económicas para prestar alimentos aos seus ascendentes, a obrigação impende, na mesma classe de obrigados, sobre os netos ou bisnetos. Note-se, no entanto, que a obrigação de alimentos recairá sobre os obrigados subsequentes sempre que os descendentes (filhos, netos ou bisnetos) não disponham de condições económicas para o efeito³⁶.

O artigo 2010.º do CC determina as regras aplicáveis no caso de pluralidade de vinculados, aludindo o n.º 1 do referido preceito legal, que, nesse caso, a responsabilidade recai sobre todos na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando e, se alguma das pessoas oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, serão os restantes a suportar essa obrigação (artigo 2010.º, n.º 2, do CC).

Portanto, como melhor elucida Remédio Marques, “(...) a obrigação alimentar não é pura ou estritamente parcária ou conjunta (...). Mas também não é puramente solidária (...)”^{37/38}.

Importa, finalmente, atender ao disposto no artigo 2011.º, n.º 1, do CC porquanto, tendo o alimentando disposto de bens por doação, os filhos (e demais obrigados) ficam desvinculados da obrigação de prestar alimentos sempre que “os bens doados pudessem assegurar ao doador meios de subsistência”. A obrigação alimentar recairá, como resulta do n.º 2 da referida disposição legal, “sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados”, transmitindo-se aos herdeiros do donatário.

2.3 Obrigação de prestar alimentos aos pais em situação de velhice

É o artigo 2003.º do CC que consagra a noção de alimentos³⁹. De acordo com o disposto no n.º 1 do referido preceito legal, “[p]or alimentos entende-se

disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/view/718>, consultado a 30 de outubro de 2019, pp. 65 e 68.

³⁶ V. Pires de Lima/Antunes Varela, *ob cit.*, volume V, pp. 595 e 596.

³⁷ J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, p. 355.

³⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre as obrigações conjuntas ou parcárias e solidárias v., entre outros, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 664-685 e Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, volume I, 15.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 163-170.

³⁹ Como refere J.P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 32, “[a]limentos são obrigações de prestação de coisa (de dare, in casu, traduzidas em obrigações pecuniárias) ou de prestação de facto (de facere) (...)”.

tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário⁴⁰ e, relativamente aos menores, os alimentos compreendem igualmente a instrução e educação (n.º 2 do artigo 2003.º do CC).

Na determinação do montante de alimentos importa articular, como refere o artigo 2004.º, n.º 1, do CC, por um lado, os “meios daquele que houver de prestá-los” e, por outro lado, a “necessidade daquele que houver de recebê-los”⁴¹.

A concretização casuística destes dois conceitos - necessidade do credor de alimentos⁴² e possibilidades económicas do devedor – é, desta forma, essencial para a fixação do montante de alimentos^{43/44}. E, como decorre do n.º 2 do artigo 2004.º do CC, importará também atender à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência.

A este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de janeiro de 2019, considerando que “[o]s pais são titulares de um direito legal de alimentos em relação aos filhos o qual depende da situação de necessidade daqueles e das possibilidades económicas destes”, decidiu que a recorrente tinha

⁴⁰ Sobre a noção de alimentos v., nomeadamente, J.P. Remédio Marques, *Algumas Notas ...*, ob. cit., pp. 32-43, Pires de Lima/Antunes Varela, ob. cit., volume V, pp. 573-580.

Na jurisprudência cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de maio de 2016, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 10 de outubro de 2019, segundo o qual “*inclui-se no conceito de “alimentos” previsto no art. 2003.º do Código Civil, a prestação de cuidados e de acompanhamento ao requerente, com 86 anos de idade e que sofreu trombose cerebral, parcialmente incapaz de cuidar de si próprio. À prestação de tais cuidados deverá corresponder, segundo o prudente arbitrio do julgador, um determinado valor monetário*”.

⁴¹ Repare-se que, como referem Pires de Lima/Antunes Varela, ob. cit., volume V, p. 581, “[s]e o montante da contribuição exigível dos familiares, em termos proporcionados aos meios daqueles sobre quem recai a obrigação legal, não chegar para eliminar a situação de carência (lo stato bisogno) do necessitado, é sobre o Estado que passa a recair o dever de suprir a deficiência, na medida em que a própria constituição (art. 63.º) o incumbe de organizar um sistema de segurança social capaz de proteger «os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho»”.

⁴² O alimentando, como refere Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, “Alimentos”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 185, “[d]eve provar a necessidade e a incapacidade. Deve provar que não pode trabalhar o bastante para o seu sustento e que não tem bens com que ocorra às suas necessidades”. Acresce que, segundo a autora, p. 186, “[o] alimentando deve, ainda, ser digno de receber. Normalmente, as causas justificativas da cessação de atribuição de alimentos (ver art. 2013.º-c) serão causas de não receber. A tendência é toda, contudo, no sentido de não haver causas automáticas de exclusão”.

⁴³ Nesse sentido, pode ler-se no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de setembro de 2018, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 30 de outubro de 2019, “[o] dever de auxílio, assim como o de assistência, não têm natureza incondicional, posto que o cumprimento desses deveres jurídicos depende das efetivas necessidades dos pais (ou dos filhos) de receberem esse auxílio e/ou assistência e das efetivas possibilidades do obrigado para os cumprir”.

⁴⁴ V. Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, loc. cit., p. 426.

possibilidades económicas para prestar a obrigação de alimentos e, dessa forma, confirmou a decisão recorrida. Como pode ler-se no referido acórdão, “[a]s questões decididas a apreciar, delimitadas pelas conclusões do recurso, consistem em determinar se deve ser modificada a decisão proferida sobre a matéria de facto, e, conseqüentemente, apurar da incapacidade económica da Recorrente para prestar alimentos a sua mãe”⁴⁵.

Repare-se que a carência económica dos progenitores idosos assumirá contornos mais acentuados em famílias com poucos rendimentos/bens. Aos baixos rendimentos dos filhos podem somar-se, não raras vezes, variadíssimas despesas com o sustento dos demais familiares⁴⁶.

Os alimentos são devidos, regra geral, em prestações pecuniárias mensais (n.º 1 do artigo 2005.º)⁴⁷. Assim não será, como dispõe a segunda parte da aludida disposição legal, nos casos de acordo, disposição legal em contrário ou ocorrência de motivos que justifiquem medidas de excepção. Ao que a acresce, na impossibilidade de observância através de prestações pecuniárias, o cumprimento da obrigação na “*casa e companhia*” do devedor de alimentos (artigo 2005.º, n.º 2, do CC)⁴⁸.

Importa também referir que, de acordo com o estatuído no artigo 2012.º do CC, a alteração das circunstâncias que delimitaram a fixação da prestação, mormente as necessidades do credor ou as possibilidades do devedor de alimentos, pode potenciar, não só a alteração do montante da prestação de alimentos já fixada, mas também o seu cumprimento por outro obrigado⁴⁹.

Finalmente, de acordo com o artigo 2013.º, n.º 1, als. a), b) e c), do CC, a obrigação de prestar alimentos cessa em três circunstâncias: morte do obrigado ou do alimentado⁵⁰; quando o devedor fique impossibilitado de cumprir a obri-

⁴⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consultado a 10 de outubro de 2019.

⁴⁶ Como destaca Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 301, “[u]ma pessoa pode estar, assim, vinculada a deveres perante três categorias de familiares: cônjuge, filhos (menores ou maiores) e pais”.

⁴⁷ Como referem André Dias Pereira/Juliana Campos, “Envelhecimento...”, *loc. cit.*, disponível em <https://revistas.ulusofofona.pt/index.php/rfdulp/issue/view/718>, consultado a 30 de outubro de 2019, p. 67, “(...) esta pode também ser a forma adequada de prestar alimentos aos pais que tenham necessidade ou vontade de viver numa Estrutura Residencial para Pessoas Idosas (ERPI) ou que estejam internados numa Unidade de Cuidados Continuados Integrados (UCCI)”.

⁴⁸ Alguns autores destacam os inconvenientes que esta forma de cumprimento pode acarretar. V., nesse sentido, J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 359 e 360, Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, volume V, p. 584, Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, pp. 426 e 427.

⁴⁹ V. Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, volume V, pp. 600-602.

⁵⁰ O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de janeiro de 2010, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 10 de outubro de 2019, decidiu que “[s]endo os alimentos devidos desde a propositura da acção, nos termos do art. 2006º, 1ª parte, do CC, não há impossibilidade super-

gação ou não subsista a necessidade de alimentos do credor – sendo que, como determina o n.º 2 do artigo 2013.º do CC, nos casos de morte do obrigado ou impossibilidade de continuar a cumprir a obrigação de alimentos, o alimentado poderá exercer o seu direito em relação a outros, igual ou sucessivamente onerados; e, por último, quando exista por parte do credor violação grave dos seus deveres para com o devedor.

Aqui chegados podemos, portanto, equacionar várias questões.

Vejamos.

A doutrina destaca, desde logo, o facto de não serem frequentes ações intentadas pelos progenitores idosos contra os seus filhos. O receito de litígio com os filhos, e a consequente possibilidade de rutura dos laços familiares, e o próprio desconhecimento desta possibilidade, são algumas das razões elencadas pela generalidade dos autores para o reduzido número de ações judiciais⁵¹.

Acresce que, na ação de alimentos, como realçam alguns autores, a lei confere legitimidade ativa apenas à pessoa com insuficiência de recursos económicos^{52/53}. À semelhança da doutrina, reconhecemos que essa situação pode potenciar a diminuição deste tipo de ações e, por isso, partilhamos o entendimento que defende o alargamento da legitimidade ativa⁵⁴.

Outra questão que importa equacionar relaciona-se com o incumprimento da obrigação de alimentos.

Ora, nos termos do artigo 2166.º, n.º 1, al. c), do CC, a recusa sem justa causa de alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge é fundamento para

veniente da lide relativamente às prestações devidas desde aquela data até à morte do credor dos alimentos, cujo montante integrará o respectivo acervo hereditário”.

⁵¹ V., neste sentido, nomeadamente, Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, pp. 431 e 432, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 301, Joana Sousa Ribeiro, “Processos de...”, *loc. cit.*, pp. 226-227, J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 360 e 368, Paula Távora Vítor, “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos”, in AAVV, *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: Para um novo paradigma do serviço público*, Coordenação: José Manuel Moreira, Carlo Jalali, André Azevedo Alves, Coimbra, Almedina, 2008, p. 164.

⁵² V., nomeadamente, J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, p. 369, Joana Sousa Ribeiro, “Processos de...”, *loc. cit.*, pp. 226 e 227.

⁵³ Como refere J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 368 e 369, “(...) ainda não se atribuiu, no nosso Direito, legitimidade processual para intentar ações declarativas condenatórias de alimentos às pessoas ou entidades (v.g., pessoas colectivas, públicas ou privadas, proprietárias de lares para terceira idade) que tenham recolhido o idoso e onde este recebe os mais variados serviços (v.g., habitação, cama, vestuário, alimentação, saúde, etc.)”.

⁵⁴ É este o entendimento de Joana Sousa Ribeiro, “Processos de...”, *loc. cit.*, pp. 226 e 227, Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 302, Vítor Palmela Fidalgo, “Notas sobre...”, *loc. cit.*, p. 432.

deserdação podendo, dessa forma, o progenitor idoso, em testamento, deserdar os filhos que, sem justa causa, recusem o cumprimento desta obrigação.

Importa também ter presente o disposto nos artigos 933.º a 937.º do Código de Processo Civil quanto à execução especial por alimentos⁵⁵.

Acresce que a violação da obrigação legal de alimentos é um crime previsto e punido no artigo 250.º do Código Penal.

Nos casos de incumprimento, parece-nos importante reforçar os mecanismos sancionatórios e incluir nos motivos de indignidade previstos no 2034.º do CC, a condenação pelo crime de violação da obrigação de alimentos contra o autor da sucessão. Repare-se que esta questão já foi submetida a discussão na Assembleia da República aquando da apresentação do Projeto de Lei n.º 744/XIII⁵⁶.

Acresce que uma das medidas previstas na já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto é a alteração do artigo 2034.º do CC “no sentido de passar a prever que carece de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, o condenado por crime de maus tratos ou por crime de violência doméstica contra o autor da sucessão”.

Finalmente, e apesar de não ser objeto do presente estudo, impõe-se uma breve referência à resposta do Estado, à *solidariedade estadual*⁵⁷.

Remédio Marques destaca a existência de “(...) *um sistema misto de proteção baseado na cooperação entre as esferas de intervenção pública e privada*”, referindo que “[a] *esfera de proteção pública não substitui, todavia, a esfera privada, familiar*”^{58/59}.

Como alude a CRP, ao Estado compete “*organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social*” (artigo 63.º, n.º 2, da CRP) responsável, segundo o n.º 3 do artigo 63.º da CRP, pela proteção dos “*cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*”.

⁵⁵ V. Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 50.

⁵⁶ Publicado no Diário da Assembleia da República, II serie – A, n.º 60, de 26 de janeiro de 2018.

⁵⁷ Como refere Paula Távora Vítor, “Solidariedade social ...”, *loc. cit.*, p. 162, “(...) *a solidariedade em relação às pessoas idosas encontra-se numa situação de desequilíbrio; os seus “prestadores” (a família e o Estado) assumem um papel mais fraco, enquanto que os seus “beneficiários” (as pessoas idosas) são um grupo cada vez mais relevante*”.

⁵⁸ J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, p. 362.

⁵⁹ Como refere J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, p. 363, “(...) *no que tange aos regimes não contributivos da segurança social, as prestações familiares tendem a constituir a primeira linha, o primeiro reduto aí em que o idoso carecido deverá procurar apoio. Aqui, a solidariedade estadual é o recurso subsidiário; a solidariedade familiar constitui-se, pelo contrário, como a via principal de satisfação de tais necessidades dos idosos*”.

Ora, de acordo com o disposto no artigo 23.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro – que aprova as bases gerais do sistema de segurança social-, “o sistema de segurança social abrange o sistema de protecção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar”.

Decorrente do sistema previdencial, a pessoa idosa pode ter direito à pensão de velhice. O objetivo deste sistema passa pela concessão, uma vez verificados os requisitos legalmente exigidos, de “prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas” (artigo 50.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro).

No entanto, importará, nos casos de insuficiência económica, atender à proteção conferida pelo sistema de proteção social de cidadania – composto pelo subsistema de ação social, o subsistema de solidariedade e o subsistema de proteção familiar (artigo 28.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro) -, que tem como objetivos garantir direitos básicos dos cidadãos, garantir a igualdade de oportunidades e promover o bem-estar e a coesão sociais (artigo 26.º, n.º 1, da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro). Assim, neste contexto, no âmbito da proteção da pessoa idosa⁶⁰ com escassos recursos financeiros, importa destacar nomeadamente, a pensão social de velhice, o complemento solidário para idosos⁶¹, o complemento por dependência.

3. Considerações Finais

O aumento da esperança média de vida e, consequentemente, o aumento do número de pessoas idosas no nosso país é, como referimos, uma realidade incontornável e com tendência para aumentar. A nossa sociedade está muito voltada para si mesma, descurando e desvalorizando frequentemente o idoso.

As pessoas idosas estão frequentemente expostas a situações de vulnerabilidade, isolamento, pobreza, doença, evidenciando grandes fragilidades.

Nos casos de falta de recursos económicos para subsistir, recai sobre os filhos a responsabilidade de prestar alimentos aos pais em situação de velhice. É a subsistência do progenitor que cumpre acautelar e, por isso, o cumprimento desta obrigação pode assumir a maior relevância no contexto da proteção do progenitor idoso.

Como referimos, não são frequentes ações de alimentos intentadas pelos progenitores contra os seus filhos e, nesta matéria, partilhamos o entendimento da generalidade da doutrina que defende o alargamento da legitimidade ativa.

⁶⁰ Sobre a “protecção social na velhice” v., nomeadamente, J.P. Remédio Marques, “Em torno do estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 360-366.

⁶¹ Sobre o complemento solidário para idosos, v., entre outros, Paula Távora Vítor, “Solidariedade social...”, *loc. cit.*, pp. 161-178.

Os filhos não se podem subtrair na tarefa de apoiar financeiramente os seus progenitores nesta fase da vida. Por isso, urge desenvolver mais medidas tendentes a sancionar o incumprimento, nomeadamente, com o alargamento dos motivos de indignidade aos casos de condenação pelo crime de violação da obrigação de alimentos contra o autor da sucessão.

Bibliografia

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados, Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Coimbra, Gestlegal, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016.

FIDALGO, Vítor Palmela, "Notas sobre a Tutela do Idoso no Direito da Família", in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 419-433.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, "Alimentos", in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 169-217.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, volume I, 15.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018.

LIMA, Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, volume IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

LIMA, Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

MARQUES, J.P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MARQUES, J.P. Remédio, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social”, in AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coordenação: Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, pp. 345-375.

OLIVEIRA, Siro Darlan de, “O Estatuto do Idoso”, in AAVV, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coordenação: Guilherme de Oliveira, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 233-236.

PEREIRA, André Dias/CAMPOS, Juliana, “Envelhecimento: Apontamento acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civis e criminais”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 10, 2017, disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/view/718>, consultado a 30 de outubro de 2019, pp. 61-80.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2018.

RIBEIRO, Joana Sousa, “Processos de Envelhecimento: a Construção de um Direito Emancipatório”, in AAVV, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coordenação: Guilherme de Oliveira, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 203-231.

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

VÍTOR, Paula Távora, “O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiariae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 41-62.

VÍTOR, Paula Távora, “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos”, in AAVV, *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública – Para um novo paradigma do serviço público*, Coordenação: José Manuel Moreira, Carlo Jalali, André Azevedo Alves, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 161-178.

RESPONSABILIDADE E IGUALDADE NA PROCRIAÇÃO E NA CRIAÇÃO¹

Jorge Duarte Pinheiro²

1. Procriação e criação. 2. A filiação até ao primeiro Código Civil português. 3. A filiação entre 1867 e 1977. 4. A filiação no direito português actual. 5. A filiação no direito português actual (cont.): em particular, o desempenho de funções parentais. 6. O dilema histórico.

1. Procriação e criação

Há pouco mais de dez anos, apresentei proposta de reflexão sobre o critério biológico e o critério social ou *afectivo* na filiação³, no âmbito da qual identifiquei três *dogmas* do Direito da Família e das Crianças contemporâneo:

“O primeiro dogma é o de que o lugar das crianças é na família. Trata-se de um dogma geograficamente universal, ou quase universal, e que é milenar.

“O segundo dogma é o de que a família é um lugar de afectos e de que, por conseguinte, a relação de filiação pressupõe uma ligação afectiva entre os respectivos sujeitos. Trata-se de um dogma que é normalmente tido como relativamente moderno e que se encontra sobretudo nos Países latinos.

“O terceiro dogma é o de que a adopção é o instrumento ideal para proteger as crianças privadas de um ambiente familiar normal. O último dogma é também relativamente moderno e não tem dimensão geográfica universal, circunscrevendo-se ao espaço ocidental”.

³ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Critério biológico e critério social ou *afectivo* na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores, *Lex Familiae*, ano 5, n.º 9, Janeiro/Junho 2008, pp. 5-12. O texto foi republicado em PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 207-220.

Ao tratar especificamente do segundo *dogma*, optei por contrapor, no âmbito da filiação, o critério biológico ao critério social, entendendo este último em sentido amplo, de modo a abranger também aquilo que por vezes se designa como “critério afectivo”.

Sobre a relação entre o critério biológico e o critério social no Direito da Filiação português vigente, afirmei que “o ideal é que ambos convirjam no critério jurídico” e que, aliás, “o Direito atribui prevalência ao critério biológico por supor que existe convergência com o critério social”. Em seguida, fundamentei a segunda parte desta afirmação à luz do regime jurídico português de dois domínios da filiação.

No campo da constituição do vínculo, detectei prevalência do critério biológico, “decorrendo, nomeadamente, da forma como a lei distingue a adopção da filiação em sentido estrito (artigo 1586.º do Código Civil), do que se prescreve quanto ao estabelecimento da maternidade (artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil) e, sobretudo, da liberdade probatória que é reconhecida no âmbito das acções de filiação (artigo 1801.º do Código Civil)”⁴. Contudo, destaquei “igualmente sinais do critério social na filiação: a própria admissibilidade da adopção; a possibilidade de uma paternidade/maternidade resultante de procriação medicamente assistida heteróloga (artigo 1839.º, n.º 3, do Código Civil; artigos 20.º, 23.º, n.º 2, 26.º, 27.º e 47.º, da Lei da Procriação Medicamente Assistida); a relevância da posse de estado enquanto presunção no âmbito da acção de investigação de maternidade ou paternidade (artigos 1816.º, n.º 2, alínea a), e 1871.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil)”⁵.

No campo da determinação da titularidade da guarda ou do exercício das responsabilidades parentais, verifiquei que se repetia a primazia do critério biológico, “porque se presume que a ligação biológica leva ao correcto desempenho

⁴ O artigo 1586.º define 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 1973.º e seguintes” (isto é, por sentença judicial proferida em processo próprio). O artigo 1796.º, n.º 1, dispõe que, “relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º” (isto é, por declaração no registo civil em que se indica a mãe ou por reconhecimento judicial). O artigo 1801.º prevê que “nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

⁵ Nos termos do artigo 1839.º, n.º 3, “não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”. A Lei da Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, permite a procriação medicamente assistida com material biológico de terceiros e atribui àqueles que tenham manifestado a vontade de beneficiar de tal procriação a condição de pais jurídicos de criança que venha a nascer. De acordo com os artigos 1816.º, n.º 2, alínea a), e 1871.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, quando seja intentada acção de investigação da maternidade/paternidade, presume-se a maternidade/paternidade quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe/pretenso pai e reputado como filho também pelo público.

das funções parentais e porque se evita uma avaliação casuística, prospectiva da capacidade dos candidatos, impraticável, invasiva, geradora de incertezas”⁶. No entanto, acrescentei que “o espaço do critério social na definição dos titulares da guarda física e das responsabilidades parentais é mais amplo do que na constituição do vínculo, legitimando situações que colidem com o critério biológico, como a adopção, a tutela e as medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo (distintas do apoio junto dos pais)”.

Importa sublinhar que a análise tinha em vista somente o direito positivo português da época, cujos dados se demarcam daqueles com que se depara, por exemplo, no direito brasileiro. O ordenamento lusitano não contém, designadamente, nenhuma disposição comparável àquela que se encontra no artigo 1593.º do Código Civil brasileiro⁷. Segundo notável doutrina do País irmão, tal disposição “enuncia regra geral que contempla a socioafetividade em geral”⁸; e sustenta a tese de que a filiação se constitui *ope legis* em razão da posse de estado, por força da convivência familiar⁹.

O contraste normativo entre Portugal e Brasil é, aliás, bem evidenciado por eminente jurista português¹⁰: enquanto em Portugal, a posse de estado serve apenas de presunção de ligação biológica, no contexto de acção judicial destinada a constituir a filiação, no Brasil, observa-se “uma corrente forte que favorece a chamada *paternidade sócio-afectiva*”, atribuindo à posse de estado carácter directamente constitutivo da filiação, independentemente de conexão biológica.

A consideração exclusiva dos dados de direito português, não me poupou, porém, às críticas de outro renovado especialista nacional, Carlos Pam-

⁶ Citei a propósito, em nota de rodapé, bibliografia inglesa. De facto, imagine-se o que seria se, sempre que nascesse uma criança, se fizesse depender a constituição do vínculo de filiação de exame sistemático das condições reveladas pelos potenciais interessados em matéria de exercício das responsabilidades parentais...

⁷ O artigo determina que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

⁸ LÔBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito da Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, em AA.VV., *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 152.

⁹ Sobre o significado da posição de Paulo Lôbo, cf. BOULOS, Kátia, “Socioafetividade, família e sociedades do afeto no Direito de Família e Sucessões contemporâneo”, em AA.VV., *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*, coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, volume 2, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, pp. 365-366.

¹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade”, em AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016 pp. 279-284.

plona Corte-Real¹¹, que viu nas minhas observações sobre o ênfase legal dado à filiação biológica¹², reproduzidas num manual, descabida hierarquização de modalidades de parentalidade, tendente a atribuir à nossa lei visão egocêntrica e mesquinha.

Salvo o devido respeito, a apreciação que efectuei há cerca de dez anos continua, no essencial, a exprimir o estado actual do direito português em vigor¹³. Mas, antes de o demonstrar, talvez seja interessante explicar qual era/foi a situação anterior.

2. A filiação até ao primeiro Código Civil português

No território que hoje corresponde ao de Portugal foi aplicado Direito Romano, em que avultava o estatuto do *paterfamilias*¹⁴. Enquanto titular da *patria potestas*, o *paterfamilias* tinha faculdades que iam além das de cuidar e educar. Ele podia matar, vender, expor ou abandonar o filho.

A exposição traduzia-se em deixar o recém-nascido à mercê da sua sorte num local ao ar livre (*columna lactaria*), pelos mais diversos motivos: por ele ser deficiente ou do sexo feminino, por não ser fruto de justas núpcias; por o *pater* entender que não dispunha de condições económicas que permitissem sustentá-lo ou não desejar que houvesse mais um pretendente ao património hereditário.

Na melhor das hipóteses, sobrevivendo, a criança exposta podia ser levada por pessoas que a tratassem e criassem como se ela fosse um dos seus próprios filhos. Contudo, no direito romano arcaico, ao *pater* que tivesse exercido o *ius exponendi* era reconhecido o direito de reclamar para si a criança, junto daqueles que a tivessem recolhido. Já o direito romano pós-clássico procurou desencorajar a exposição; aboliu o direito que o *pater* tinha de reclamar a criança que

¹¹ Cf. CORTE-REAL, Carlos / PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 1.ª edição, 2008, p. 98, e 2.ª edição, 2011, p. 200.

¹² E até às que foram feitas por Guilherme de Oliveira na obra de COELHO, F. Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra Editora, 2006, pp. 23-24.

¹³ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 94-97. Também Guilherme de Oliveira continua a destacar a relevância dos factos biológicos na conformação do regime jurídico da filiação: cf. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da filiação*, Lisboa, Petrony, 2019, pp. 19-20.

¹⁴ Cf. BRIGAS, Miriam Afonso, *O Direito da Família na História do Direito português (Dos antecedentes ao século XVIII)*. *Primeiras reflexões*, volume I, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 34, 36 e 37; ALMEIDA, Elisete Sileny Jacinto de, *Parentesco socioafetivo. Possíveis contributos do Direito brasileiro para um novo paradigma no Direito português*, tese de doutoramento em Direito, Universidade de Coimbra, 2017, disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87408/1/Parentesco%20Socioafetivo.pdf> (última consulta de 05-12-2019), pp. 52-70.

ele próprio consciente e intencionalmente abandonara; e admitiu que a criança beneficiasse da condição de filho da pessoa que o criara, se esta assim o desejasse.

A prática da exposição foi subsistindo ao longo da Idade Média e Moderna¹⁵. O abandono abrangia principalmente crianças nascidas fora do casamento e a sua frequência levou à criação e à difusão da chamada Roda dos Expostos ou Enjeitados¹⁶, muito antes de esta ser oficialmente reconhecida (por circular de 24 de Maio de 1783, do Intendente geral da Polícia do Reino, Pina Manique).

Desde cedo, predominou a tendência de equiparar a criança exposta a filho de particular que a recebesse no seu lar, como decorre das *Siete Partidas*, fonte de direito castelhano (redigida no reinado de Afonso X, 1252-1284) recebida em Portugal e aqui aplicada até ao momento em que se afirmaram as Ordenações Afonsinas (concluídas em meados do século XV). Na Quarta Partida, Título XX, importa mencionar as Leis I e III. A Lei I distingue três formas de criar os filhos: por natureza, correspondente à criação pelos próprios pais; por bondade ou mesura, quando um homem cria o filho de outro homem "com o qual não tem parentesco"; e por piedade, quando se cria filho desamparado ou exposto. Na Lei III, diz-se que aquele que criasse alguém que tivesse sido exposto devia tratá-lo como um pai trata o filho e que a pessoa assim criada devia respeito ao que o criou como se fosse seu filho.

Ora, o estatuto do exposto até ao século XIX constitui um sinal antigo de abertura à filiação social – *filiação* que o Estado português procurou eliminar no ano de aprovação do nosso primeiro Código Civil...

3. A filiação entre 1867 e 1977

Em 1867, por se entender que representavam "um convite público aos pais que quisessem desembaraçar-se dos filhos"¹⁷, as Rodas dos Expostos foram substituídas por Hospícios, mediante Decreto de 21 de Novembro, que tornava obrigatória a identificação parental.

¹⁵ BRIGAS, Miriam Cláudia de Sousa Silva Afonso, *As relações de poder na construção do Direito da Família português [1750-1910]*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 481-488; ALMEIDA, Elisete Sileny Jacinto de, *Parentesco socioafetivo...cit.*, pp. 70-90.

¹⁶ Normalmente, cilindro giratório instalado junto à portaria de igrejas, conventos ou mosteiros, com uma cavidade que permitia a colocação da criança; depois de colocar o bebé, a pessoa que se encontrava no exterior tocava a sineta e a criança era encaminhada para o interior do edifício.

¹⁷ Cf. FONTE, Teodoro Afonso da, *No limiar da honra e da pobreza – A infância desvalida e abandonada no Alto Minho (1698-1924)*, dissertação de candidatura ao grau de Doutor em História, Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2004, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/887/1/TESE%20DOUTORAMENTO.pdf> (última consulta de 05-12-2019), p. 181.

No mesmo ano, o primeiro Código Civil não contemplou o instituto da adoção, que, assim, foi abolido (durante um século), por se considerar que se tratava de meio fictício de constituição do vínculo de filiação, com relevância meramente sucessória: a adoção criaria *filhos postiços*, violando as *leis da natureza*¹⁸.

O mesmo Código rejeitou a assimilação do exposto a filho de quem o cria: aquele que cuida de criança exposta ou abandonada assumirá, quando muito, a qualidade de tutor¹⁹.

O período de vigência do primeiro Código Civil é, assim, de monopólio da filiação biológica – real, ou, no caso do marido da mãe, *presumida*.

Todavia, não era igual a dignidade de toda a filiação biológica. Os filhos nascidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos, estando sujeitos a estatuto social e jurídico desfavorável²⁰. Por exemplo, em concurso com filho nascido do casamento, o filho nascido fora do casamento beneficiava de quota menor na herança do pai (cf. artigos 1785.º e 1991.º do Código Civil de 1867).

O segundo Código Civil português, aprovado em 1966, manteve, na versão originária, a contraposição entre filiação legítima e ilegítima²¹, mas pôs fim ao monopólio da filiação biológica, ao readmitir a adoção.

No entanto, era nítida a *hegemonia* do critério biológico na constituição do vínculo. Por um lado, o segundo Código rejeitava totalmente a relevância da procriação medicamente assistida, ao dispor no artigo 1799.º que “a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela nem para impugnar a paternidade presumida por lei”. Por outro lado, o Código disciplinava a adoção (plena) como meio excepcional de remediar a inexistência de vínculos de filiação biológica legítima: só podiam adotar plenamente duas pessoas unidas por casamento há mais de dez anos,

¹⁸ Cf. SEABRA, António Luiz de, *Apostilla à censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858, p. 43 e seguintes. A propósito da problemática da refutação da adoção como mecanismo gerador de vinculação familiar, no ordenamento português do século XIX, cf. BRIGAS, Miriam Cláudia de Sousa Silva Afonso, *As relações de poder...* cit., pp. 1012-1022.

¹⁹ Cf. artigo 284.º: “Os expostos e os menores abandonados, cujos paes não forem conhecidos, em quanto não chegarem á idade de sete annos, estarão debaixo da tutela e administração das respectivas camaras municipaes, ou das pessoas, que se houverem encarregado voluntaria, ou gratuitamente, da sua criação”. Sobre a tutela dos expostos no Código Civil de 1867, cf. BRIGAS, Miriam Cláudia de Sousa Silva Afonso, *As relações de poder...* cit., pp. 921-923.

²⁰ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Novos pais e novos filhos – Sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças* (obra citada, *supra*, na nota 3), p. 402.

²¹ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 41, 42 e 45.

não separados judicialmente de pessoas e bens e sem descendentes legítimos (artigo 1981.º, n.º 1); era exigível que os adoptantes tivessem a idade mínima de trinta e cinco anos, a não ser que o adoptando fosse filho ilegítimo de um deles (artigos 1974.º, n.º 1, alínea c), e 1981.º, n.º 2); podiam ser adoptados plenamente os filhos ilegítimos de um dos adoptantes, se o outro progenitor fosse incógnito ou tivesse falecido, bem como os filhos de pais incógnitos ou falecidos, que tivessem estado ao cuidado de ambos os adoptantes ou de um deles desde idade não superior a sete anos (artigo 1982.º).

4. A filiação no direito português actual

Em 2 de Abril de 1976, é aprovada a Constituição da República Portuguesa, cujo artigo 36.º, n.º 4, determina que “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação”. Ao abrigo do disposto no artigo 293.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, que impunha a adaptação do direito ordinário anterior ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição, viria a ser publicado o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que aprovou a chamada Reforma do Código Civil. Todavia, como se lê na exposição de motivos do mesmo diploma, as alterações não se resumiram ao cumprimento do “mínimo constitucionalmente exigido”, à erradicação do tratamento arbitrário dos filhos nascidos fora do casamento.

Foi eliminado o texto do primitivo artigo 1799.º do Código Civil, que impedia a invocação da fecundação artificial para estabelecer a paternidade do filho procriado por meio dela, o que conferiu eficácia à procriação medicamente assistida na constituição do vínculo de filiação. E a alteração do artigo 1839.º, com o n.º 3 a impedir a impugnação de paternidade do filho de mãe casada nascido de inseminação artificial consentida pelo marido, atribuiu relevância à procriação medicamente assistida heteróloga.

Foi alargado o campo de aplicação da adopção (plena), que veio a ser facultada aos que já tivessem filhos nascidos do casamento. Permitiu-se a adopção singular. No caso de adopção conjunta, baixou-se a idade mínima dos adoptantes (de trinta e cinco para vinte e cinco anos) e o tempo de casamento (de dez para cinco anos). Estendeu-se o leque de crianças susceptíveis de serem adoptadas, passando a estar abrangidas todas aquelas que tivessem sido declaradas judicialmente abandonadas e as que há mais de um ano residissem com o adoptante e estivessem a seu cargo.

A maior abertura ao critério social não é, porém, suficiente para concluir que a Reforma de 1977 afastou a preponderância do critério biológico na constituição do vínculo de filiação. Aliás, o peso do biologismo é confirmado pela redacção que o legislador da Reforma deu ao artigo 1801.º do Código Civil, que,

nas acções relativas à filiação, aceita como meio de prova “os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

De 1977 até hoje, o critério social na constituição do vínculo de filiação tem-se manifestado somente no campo da procriação medicamente assistida heteróloga e da adopção, nunca se tendo configurado, por exemplo, hipótese de filiação decorrente directamente de posse de estado.

Presentemente, têm acesso à procriação medicamente assistida “os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual” (artigo 6.º, n.º 1, da Lei de Procriação Medicamente Assistida). Ou seja, de fora estão somente casais de homens ou homens que individualmente pretendam realizar projecto parental.

O artigo 10.º, n.º 1, da Lei de Procriação Medicamente Assistida, admite que os beneficiários recorram a “ovócitos, espermatozóides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gâmetas”. A criança que venha a nascer é tida como filha dos beneficiários, nos termos do artigo 20.º. De qualquer modo, seja homóloga ou heteróloga, a procriação medicamente assistida é expressamente enquadrada pelo artigo 4.º, n.º 1, como “método subsidiário, e não alternativo, de procriação”, isto é, como “método subsidiário” relativamente ao “método tradicional de procriação”, resultante de acto sexual.

No que toca à adopção, é o instituto que tem sido mais alterado desde 1977²². Nos dez anos subsequentes, ocorreram três reformas, todas com a finalidade de dignificar e facilitar a adopção. A primeira reforma foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio; a segunda reforma deveu-se ao Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio, após o qual deixou e haver um único artigo do Código Civil, integrado no título da adopção, que tivesse preservado a redacção de 1966; e a terceira materializou-se com a Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto. Entretanto, as Leis n.ºs 135/99, de 28 de Agosto, e 7/2001, de 11 de Maio, reconheceram às pessoas de sexo diferente que viviam em união de facto o direito de adopção conjunta em condições análogas às dos casais unidos pelo matrimónio.

Na verdade, desde 1977 até há pouco, a adopção assumia inegável relevância nas preocupações do poder político, da legislação e da opinião pública.

²² Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A nova lei da adopção”, em AA.VV., *Abandono e adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 114.

No entanto, sempre foi patente o contraste entre tais preocupações e o número de adopções relativamente escasso²³.

Apesar das alterações efectuadas pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro (que aprovou o Regime Jurídico do Processo de Adopção) e pela Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro (que permitiu a adopção por casais do mesmo sexo), é visível a perda de importância, mesmo simbólica, da adopção, no final da segunda década do século XXI. Os números de adopções são baixos e continuamente decrescentes²⁴ e já no final da primeira década se tinha sentido a necessidade de criar instituto alternativo à adopção, correspondente ao apadrinhamento civil²⁵. Sucederam-se notícias sobre alegados fracassos e ilicitudes no capítulo da adopção²⁶. E mostrou-se especialmente crítico o caso que envolveu Liliana Sallette Soares de Melo²⁷, mãe de sete crianças que foram encaminhadas para adopção, por acórdão do Tribunal de Sintra de 2012. Quatro anos depois, o Estado português foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e as crianças voltaram a ficar com a mãe...

²³ Em 2005, o Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra discutiu os resultados de um questionário intitulado “Porque não passamos dos 375?” (cf. *Lex Familiae*, ano 2, n.º 3, Janeiro/Junho 2005, p. 135).

²⁴ O número mais elevado de processos findos de adopção (plena) foi atingido em 2008: 591. Em 2018, limitou-se a 253. No primeiro ano de que há informação na Base de Dados PORDATA (<https://www.pordata.pt/Portugal/Processos+findos+de+adop%C3%A7%C3%A3o-1426-40672>, consulta de 05-12-2019), 1993, fora 338...

²⁵ Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, cujo artigo 2.º 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”.

²⁶ Cf., nomeadamente, jornal *Diário de Notícias*, de 30 de Julho de 2019, “Fui devolvido. Ninguém me quer..” (disponível em <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/30-jul-2019/fui-devolvido-ninguem-me-quer--11158500.html>, consulta de 05-12-2019); *Correio da Manhã*, de 11 de Dezembro de 2017, “Líder da IURD acusado de raptar crianças em Portugal” (disponível em <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/lider-da-iurd-acusado-de-roubar-criancas-em-portugal>, consulta de 05-12-2019).

²⁷ *Soares de Melo c. Portugal*, queixa n.º 72850/14, acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 16 de Fevereiro de 2016, objecto de apreciação por PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito ao respeito pela vida familiar”, em AA.VV., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Paulo Pinto de Albuquerque (organização), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1531-1536.

5. A filiação no direito português actual (cont.): em particular, o desempenho de funções parentais

No contexto do desempenho das funções parentais, continua a imperar o critério biológico, embora com menor peso do que no quadro da constituição do vínculo de filiação.

Em regra, a titularidade do exercício das responsabilidades parentais incumbe aos pais biológicos (e aos pais que beneficiaram de procriação medicamente assistida heteróloga), se a filiação estiver legalmente estabelecida (artigos 1797.º, 1877.º e 1878.º do Código Civil).

Havendo adopção ou apadrinhamento civil, as responsabilidades parentais são exercidas por adoptantes ou padrinhos (artigo 1986.º do Código Civil e artigo 7.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, respectivamente). Quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades podem ser atribuídas ao cônjuge ou unido de facto deste, que as exercerá em conjunto com ele (artigo 1904.º-A do Código Civil). Na hipótese de impedimento ou morte dos pais, as responsabilidades parentais podem ser exercidas por cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais e, em segunda linha, por qualquer (outro) membro da família dos progenitores (artigos 1903.º e 1904.º do Código Civil)

As funções parentais podem ser desempenhadas por pessoas que não sejam titulares do exercício das responsabilidades parentais, quando a criança esteja sujeita a tutela, a providências tutelares cíveis ou a medidas de promoção e protecção. A tutela aplica-se se os pais “forem incógnitos”, houverem falecido, estiverem inibidos das responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos ou estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer estas responsabilidades (artigo 1921.º, n.º 1, do Código Civil); a aplicação das providências tutelares cíveis, designadamente de confiança a terceira pessoa, pressupõe que a criança se encontre em perigo (artigo 1918.º do Código Civil); e a situação de perigo é também, *quase sempre*²⁸, pressuposto de aplicação da confiança a pessoa idónea e de outras medidas de promoção e protecção (artigos 3.º e 35.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

O chamado caso *Esmeralda*²⁹ ilustra o predomínio que o direito português tende a conferir ao critério biológico no âmbito do desempenho de funções parentais.

²⁸ Em rigor, as circunstâncias previstas no artigo 3.º, n.º 2, alínea d), da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, não apontam para verdadeira situação de perigo.

²⁹ O caso *Esmeralda* apaixonou a opinião pública portuguesa em 2007 e chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: *Santos Nunes c. Portugal*, queixa n.º 61173/08, acórdão de 22 Maio de 2012 (cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito ao respeito pela vida familiar” cit., pp. 1529-1530).

Esmeralda, que nasceu em Fevereiro de 2002, foi entregue pela mãe a um casal em Maio de 2002, altura em que era desconhecida a paternidade da criança. Em Julho de 2002, o pai biológico e queixoso, Baltazar Santos Nunes, foi ouvido no âmbito de processo de averiguação oficiosa da paternidade. Em Janeiro de 2003, o casal intentou processo com vista à adopção plena de Esmeralda. Em Fevereiro de 2003, Santos Nunes perfilhou a criança e informou o Ministério Público de que pretendia regular o exercício das responsabilidades parentais da filha, ficando com ela à sua guarda e cuidado. No processo de adopção, foi decretado que os autos aguardassem a decisão a proferir no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que corria no Tribunal Judicial de Torres Novas. Em Julho de 2004, foi proferida sentença que atribuiu o exercício das responsabilidades parentais ao pai. Notificado da sentença, o casal interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Coimbra, que não foi admitido, porquanto se considerou que os recorrentes não tinham legitimidade para impugnar a decisão. O casal recorreu então para o Tribunal Constitucional. Apesar de o recurso não ter efeito suspensivo, o casal recusou-se a entregar Esmeralda ao pai biológico, invocando o interesse da criança. Deste modo, em Janeiro de 2007, o membro masculino do casal foi condenado pelo crime de sequestro de Esmeralda. Ainda em Janeiro, o Tribunal Constitucional concedeu provimento ao recurso do casal³⁰, decidindo: julgar inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do n.º 2 do artigo 680.º do Código de Processo Civil, segundo a qual aquele que tem a guarda de facto de uma criança não tem legitimidade para recorrer no âmbito de um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais; e, consequentemente, determinar a reformulação da decisão recorrida em conformidade com o precedente juízo de inconstitucionalidade. Em Abril de 2007, numa conferência de partes, foi acordado que a criança ficaria à guarda do casal até estarem criadas as condições necessárias para Esmeralda ficar definitivamente à guarda do pai. Entretanto, em Setembro de 2007, foi proferida a decisão do recurso interposto pelo casal para o Tribunal da Relação, sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais, que tinha sido admitido na sequência do acórdão do Tribunal Constitucional, de Janeiro: o exercício das responsabilidades parentais continuou a ser judicialmente atribuído ao pai, Santos Nunes.

Ou seja, nem a invocação do interesse da criança nem o decurso do tempo em que esta ficou a cargo de outras pessoas impediu o triunfo das pretensões do pai biológico.

Contudo, já nesta segunda década do século XXI, foram feitas duas alterações legislativas com potencial de atenuação do critério biológico. Essas modifi-

³⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/2007 (Pamplona de Oliveira), de 30 de Janeiro de 2007, *Diário da República*, 2.ª série, n.º 46, de 6 de Março de 2007, pp. 5987-5992.

cações efectuadas pela Lei n.º 142/2015, de 8 de Setembro, deram nova redacção a parte dos artigos 3.º e 4.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. O artigo 3.º, n.º 2, alínea d), passou a estabelecer que se considera em perigo a criança ou jovem que “está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais”. O artigo 4.º, alínea g), inclui agora, entre os princípios orientadores da intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo, o princípio do “primado da continuidade das relações psicológicas profundas”, do qual resulta que “a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afectivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante”.

Sem que haja verdadeiramente situação de perigo (para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança), a conjugação dos artigos 3.º, n.º 2, alínea d), e 4.º, alínea g), da Lei de Protecção, propicia intervenção estatal que legitime *juridicamente* o desempenho de funções parentais por parte daqueles que tenham vindo a agir *de facto* como se fossem pais.

6. O dilema histórico

Articulação mais flexível dos critérios biológico e social na filiação poderia contribuir para um maior bem-estar da criança em certas hipóteses. Só que, ao contrário do que sugere alguma doutrina³¹, tal articulação dificilmente se fará com base no princípio do superior interesse da criança, princípio demasiado indeterminado e mais relativo do que a palavra “superior” dá a entender³².

Resta pensar numa articulação por via legislativa. Mas, para tanto, há que desenhar/encontrar solução susceptível de superar um *dilema* tradicional na História do Direito português (que *pulsa* no artigo 1882.º do Código Civil³³): como atribuir relevância à dimensão não biológica sem estimular a irresponsabilidade dos pais biológicos na *criação*?

Bibliografia

- ³¹ Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona / ESMERALDO, Jéssica Souza, “O Direito da Família: biologismo *versus* afetividade”, *Revista de Direito Civil*, IV (2019), 2, p. 283.
- ³² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, em *Estudos de Direito da Família e das Crianças* cit., pp. 328-329.
- ³³ Cujo teor é o seguinte: “Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhe conferem, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção”.

ALMEIDA, Elisete Sileny Jacinto de, *Parentesco socioafetivo. Possíveis contributos do Direito brasileiro para um novo paradigma no Direito português*, tese de doutoramento em Direito, Universidade de Coimbra, 2017, disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87408/1/Parentesco%20Socioafetivo.pdf> (última consulta de 05-12-2019).

BOULOS, Kátia, “Socioafetividade, família e sociedades do afeto no Direito de Família e Sucessões contemporâneo”, em AA.VV., *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*, coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, volume 2, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, pp. 349-382.

BRIGAS, Miriam (Cláudia dos Santos Silva) Afonso,

- *As relações de poder na construção do Direito da Família português [1750-1910]*, Lisboa, AAFDL, 2016.

- *O Direito da Família na História do Direito português (Dos antecedentes ao século XVIII). Primeiras reflexões*, volume I, Lisboa, AAFDL, 2018.

COELHO, F. Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra Editora, 2006.

CORTE-REAL, Carlos / PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 1.ª edição, 2008, e 2.ª edição, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona / ESMERALDO, Jéssica Souza, “O Direito da Família: biologismo versus afetividade”, *Revista de Direito Civil*, IV (2019), 2, pp. 277-295.

FONTE, Teodoro Afonso da, *No limiar da honra e da pobreza – A infância desvalida e abandonada no Alto Minho (1698-1924)*, dissertação de candidatura ao grau de Doutor em História, Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 2004, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/887/1/TESE%20DOUTORAMENTO.pdf> (última consulta de 05-12-2019).

LÔBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito da Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, em AA.VV., *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, Magister, 2008, pp. 145-163.

OLIVEIRA, Guilherme de,

- “Critérios jurídicos da parentalidade”, em AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016 pp. 271-306.

- *Estabelecimento da filiação*, Lisboa, Petrony, 2019.

PINHEIRO, Jorge Duarte,

- “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, em *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 323-340.

- “Critério biológico e critério social ou *afectivo* na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores, *Lex Familiae*, ano 5, n.º 9, Janeiro/Junho 2008, pp. 5-12 = *Estudos de Direito da Família e das Crianças* cit., pp. 207-220.

- “Direito ao respeito pela vida familiar”, em AA.VV., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Paulo Pinto de Albuquerque (organização), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1511-1537.

- “Novos pais e novos filhos – Sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças”, em *Estudos de Direito da Família e das Crianças* cit., pp. 401-411.

- *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.^a edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

- *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008.

SEABRA, António Luiz de, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projecto de Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A nova lei da adopção”, em AA.VV., *Abandono e adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 113-128.

REVELAÇÃO DO DOADOR DE GAMETAS NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA) E A IGUALDADE ENTRE FILHOS: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO

(GAMETE DONOR REVELATION IN MEDICALLY
ASSISTED PROCREATION (PMA) AND EQUALITY
BETWEEN CHILDREN: A COMPARATION BETWEEN
PORTUGUESE LAW AND BRAZILIAN LAW)

Regina Beatriz Tavares da Silva¹

RESUMO: O presente artigo é fruto das Jornadas Internacionais realizadas na Escola de Direito da Universidade do Minho, com o apoio da Associação de Direito da Família e Sucessões (ADFAS) e do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov), sobre “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”, com a Comissão organizadora formada pela Professora Doutora Cristina Dias, pela Professora Doutora Rossana Martingo Cruz e por esta articulista. Ali foi proposta uma análise comparativa entre o Direito Português e o Direito

¹ Pós-Doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Sócia fundadora de Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados – www.reginabeatriz.adv.br. Presidente Nacional e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS – www.adfas.org.br.

Brasileiro sobre a revelação do doador de gametas na procriação medicamente assistida. São sistemas distintos, desde as suas Leis Maiores, ou seja, desde as respectivas Constituições, até a normatização da matéria, a demonstrar que o Direito Português avançou em prol da proteção do ser humano gerado por procriação medicamente assistida, enquanto o Direito Brasileiro retrocedeu e está preso ao anonimato do doador, sem a indispensável tutela dos direitos da pessoa efetivamente vulnerável na reprodução assistida.

ABSTRACT: This article is the result of the International Conference held at the University of Minho Law School, supported with the Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) and the Justice and Governance Research Center (JusGov), on “Equality and Responsibility in family relations”, with the organizing Committee formed by Professor Cristina Dias, Professor Rossana Martingo Cruz and this writer. It was proposed a comparative analysis between Portuguese and Brazilian Law on the disclosure of gamete donors in assisted procreation. They are different systems, from their Major Laws, that is, from their respective Constitutions, to the standardization of the matter, demonstrating that Portuguese Law has advanced towards the protection of the human being generated by medical assisted procreation, while Brazilian Law has receded and is tied to the anonymity of the donor, without the indispensable protection of the rights of the effectively vulnerable person in assisted reproduction.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Procriação medicamente assistida. Origem biológica. Origem genética. Anonimato do doador de gametas. Revelação do doador de gametas. Princípio da igualdade. Direitos da personalidade.

KEY-WORDS: Assisted Reproductive Technology. Medically assisted procreation. Biological origin. Genetic origin. Gamete donor anonymity. Gamete Donor Reveal. Principle of equality. Rights of the personality.

1. O direito à felicidade e a desordem informativa

Sob o sedutor argumento do direito à felicidade, as pessoas passaram a acreditar que têm todos os direitos e, o que é ainda pior, olvidam que têm deveres.

Acham, ainda, que têm, sobretudo, o maior de todos os direitos, o chamado direito à felicidade e sentem-se autorizadas a fazer o que bem entendem, sem pensar no outro, muito menos naquele ser indiscutivelmente vulnerável que está sendo projetado para nascer por meio da procriação medicamente assistida (PMA):

*As pessoas sentem-se autorizadas a fazer o que quiserem, sem se deter perante a valia da célula que encerra a vida humana nascente*².

Há um detonador econômico ainda mais perigoso nas técnicas artificiais de reprodução humana, seus lucros, que são de monta, o que se harmoniza com o egoísmo latente no tal direito à felicidade. Assim:

...tudo o que é tecnicamente possível acaba por se praticar, dentro ou à margem da lei³.

E, para completar o quadro da aplicação dessas técnicas reprodutivas, há uma desordem informativa sobre suas consequências a curto, médio e longo prazo, cabendo aos profissionais do Direito:

*...contribuir para o esclarecimento na tomada de decisões, guiando os 'leigos' pelo meio do oceano da 'entropia informativa', indicando quais as escolhas possíveis e os riscos inerentes, eventualmente 'desencorajando' a reprodução em alguns casos...*⁴

Efetivamente, tudo se "casa" muito bem: direito a felicidade, egoísmo, mercado altamente lucrativo e falta de informação fidedigna. E quem sofrerá os danos é o ser humano gerado pela procriação medicamente assistida:

Hoje, a medicina caracteriza-se pela eficiência... quer dar resposta à conveniência do paciente, até mesmo modificando certas características naturais da pessoa humana, como ocorre na cirurgia estética e na utilização de técnicas de reprodução assistida. Essa eficácia está ligada à complexidade e à periculosidade dos tratamentos⁵.

Os meios heterólogos, em que são utilizados gametas de terceiros, como veremos a seguir, acarretam perigos ao ser humano que é gerado por PMA, razão pela qual esse tipo de reprodução assistida deveria ser havido sempre como uma técnica subsidiária e não de livre escolha:

... há, é verdade, um ideal de coincidência entre a biologia e a filiação. Isto aponta para o caráter subsidiário dos processos heterólogos no que toca aos processos homólogos: a utilização daqueles só deve ser autorizada quando a pro-

² ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). O início da vida. *in* Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Almedina, 2008, vol. II, p. 9/28.

³ *Ibidem*.

⁴ ARAÚJO, Fernando. A procriação assistida e o problema da santidade da vida. Coimbra: Almedina, 1999, p. 81/82.

⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Pressupostos da Responsabilidade Civil na Área da Saúde. *In* Responsabilidade Civil na Área da Saúde (coord. Regina Beatriz Tavares da Silva), Série GVlaw. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3/35.

criação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro...⁶

Afinal, há vários problemas que decorrem das técnicas de PMA para o ser humano gerado por reprodução assistida, que são agravados pela intervenção de terceiros na reprodução heteróloga:

... Os principais problemas que podem ocorrer resultam de questões de negligência técnica, de definição do destino a dar a embriões não utilizados, e a de intervenção de 'terceiros' no fornecimento de ovócitos e de sêmen, ou na 'locatio' do útero⁷.

2. Procriação medicamente assistida nas Constituições portuguesa e brasileira

A Constituição da República Portuguesa tem norma expressa sobre o dever do estado de regulamentar a PMA, com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, assim como a garantia da identidade genética do ser humano gerado pela utilização dessa técnica:

Art. 67, 2: Incumbe, designadamente, ao Estado, para protecção da família [...] regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.

Art. 26, 3: A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

A Constituição da República Federativa do Brasil não tem norma similar sobre a PMA.

Essa diretriz constitucional em Portugal fez com que a regulamentação da utilização de técnicas artificiais fosse tratada pelo Poder Legislativo deste país, sem que fosse deixada, como é no Brasil, ao arbítrio dos maiores interessados, em termos económicos e de lucratividade, na sua utilização, que são os médicos, que a tratam por meio de normas deontológicas, sem a indispensável protecção

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 6ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 253. Enquanto em Portugal a técnica é subsidiária, no Brasil é de livre escolha. A Lei portuguesa 32/2006, no art. 4º, 2, estabelece que a PMA somente pode ser autorizada quando houver 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. No Brasil a regulamentação é feita pelo Conselho de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 2.168/2017, item 3, segundo o qual as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o paciente ou o possível descendente.

⁷ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 43.

aos envolvidos na reprodução assistida. Muito embora normas do Conselho Federal de Medicina não tenham eficácia *erga omnes*, acabaram por prevalecer, inclusive sendo acolhidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que sucumbiu a argumentos em prol da maior utilização das técnicas artificiais de reprodução humana⁸.

3. Direito da pessoa gerada por PMA ao conhecimento de sua origem genética e biológica

A revelação do doador coloca na balança os direitos da personalidade do doador e do ser humano gerado por PMA⁹.

Antes, um esclarecimento. Os chamados direitos fundamentais têm incidência publicística e são constitucionalizados. Os direitos de personalidade têm incidência privatista e podem ou não ser constitucionalizados. Por isto:

... a preocupação da abordagem é diferente... As constituições têm em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado... Pelo contrário, os direitos da personalidade emanam da personalidade em si, prévios valorativamente a preocupações de estruturação política...¹⁰

Por isso, aos direitos da personalidade tradicionalmente conhecidos, como o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à vida privada, à intimidade, ao segredo, à honra, à liberdade, ao nome e à imagem, podem ser acrescidos outros como o desenvolvimento da personalidade e o conhecimento da origem genética e biológica¹¹.

Inicia-se pelo direito à intimidade e ao segredo do doador de gametas.

A Constituição da República Portuguesa protege a reserva da intimidade nos seguintes termos:

Art. 26º, 1: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom

⁸ No Brasil nunca foi promulgada lei sobre a PMA, sendo tratada sempre pelo Conselho Federal de Medicina, atualmente pela Resolução CFM n. 2.168/2017, e, anteriormente, pelas seguintes Resoluções: CFM n.º 2.121/2015, CFM n. 2.013/2013, CFM n. 1.957/2010. O Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle e fiscalização das atividades cartorárias, somente em 2016 resolveu regulamentar alguns aspectos da PMA, mas na sua última resolução acabou por acolher o pensamento do CFM sobre o anonimato do doador, como se verá neste artigo.

⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial. In Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. Carlos Alberto Bittar (Coord.). São Paulo, Saraiva, 1991.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 1997, v. 1, p. 67.

¹¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

E a Constituição da República Federativa do Brasil também tutela a intimidade:

Art. 5º, X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à intimidade deriva da necessidade de respeito a componentes confidenciais da personalidade. E o direito ao segredo integra o direito à intimidade, abrangendo os elementos guardados na consciência, que o seu titular deseja manter ocultos a terceiros¹².

Assim, caracterizam violação ao segredo os atos de intromissão, como a divulgação de informações e o uso de fatos confidenciais.

Na PMA heteróloga o anonimato do doador preserva a sua intimidade, já que sua vontade é, via de regra, manter oculta sua identidade.

Por outro lado, o ser humano gerado por PMA tem o direito ao conhecimento da sua origem genética e biológica, primeiramente, por razões decorrentes de seu direito à saúde. Se esse ser assim gerado não tiver a revelação de que é originário de reprodução assistida heteróloga, obviamente poderá sofrer danos graves em tratamentos médicos que dependam de dados genéticos; pensará que é filho do pai registral, quando é filho de outro homem, assim, os dados genéticos transmitidos ao médico responsável por seu tratamento estarão incorretos e, portanto, sua saúde poderá ser gravemente prejudicada. E, uma vez que saiba de sua origem artificial, deverá também ter o direito de saber quem foi o doador do gameta que o gerou, cujos dados genéticos devem ficar preservados, para que a pessoa gerada por PMA possa receber o tratamento adequado de saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil, como antes visto, não prevê o direito à identidade genética e biológica na relação explícita de direitos fundamentais do art. 5º, mas, em face do disposto no § 2º desse dispositivo, que não atribui carácter taxativo ao rol de direitos fundamentais, também deve ser havido como tal:

Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disto, como antes visto, os direitos da personalidade independem de previsão constitucional expressa.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

E a Constituição da República Portuguesa, como já referido, garante o direito à identidade genética e à identidade pessoal, assim como o desenvolvimento da personalidade, que fundamentam a proteção do ser humano quanto ao conhecimento de sua origem:

Art. 26, 1: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

E, além do direito à saúde física, a saúde psíquica também deve ser resguardada, merecendo toda a proteção. E a saúde psíquica pode ser gravemente afetada se não for dado ao indivíduo que é gerado por PMA o direito ao conhecimento da origem biológica, que possibilita o conhecimento da ascendência ou memória familiar, que repousa no direito de cada um de saber quem são seus genitores, qual é o sangue que corre nas suas veias e em que medida intervieram a própria natureza e a técnica dos laboratórios no seu nascimento, quais são seus laços biológicos, direito este que tem reflexos no passado e no futuro¹³.

Fere a igualdade entre o filho de PMA heteróloga e o filho natural o impedimento que um ser humano tenha de saber de onde veio, qual é a sua ascendência:

Dizendo isto, eis que tornamos a encontrar a procura da verdade biológica como o critério redutor do estabelecimento jurídico da paternidade; para usar os termos da 'exposição de motivos' do projeto belga de 1978 - A igualdade de todos em matéria de filiação realiza-se com uma aproximação preferencial da verdade biológica¹⁴.

A identidade, não só genética, mas, também, biológica, faz com que no plano individual a pessoa se distinga das demais e no plano relacional saiba de sua história¹⁵.

A impossibilidade de conhecimento da origem genética e biológica ofende vários direitos da personalidade, em especial a integridade física, que é a incolumidade do corpo, e a integridade psíquica, que significa a higidez da mente, violando, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, que, é cláusula geral de tutela da personalidade.

¹³ ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 128, n. 3.853, ago. 1995.

¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 293.

¹⁵ OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, 63/76.

A Constituição da República Portuguesa protege a integridade nos seguintes termos:

Art. 25º. Integridade pessoal. 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

E a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que:

Art. 5º, III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

E retomamos o direito ao desenvolvimento da personalidade, que na Constituição brasileira, em seu art. 1º, III, recebe a proteção por meio da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil;

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Na Constituição da República Portuguesa, há de ser lembrado que o direito ao desenvolvimento da personalidade é previsto expressamente:

Art. 26º, 1: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

O anonimato do doador ofende todos esses direitos da personalidade, impedindo o desenvolvimento integral do ser humano gerado por PMA heteróloga.

Como conciliar esses direitos da personalidade na PMA heteróloga: direito à intimidade do doador e direitos à integridade física, psíquica, desenvolvimento da personalidade, conhecimento da origem genética e biológica do ser humano gerado por essa técnica?

A teoria da ponderação é a solução para esse conflito, sendo de avaliar alguns fatores. Em caso de conflito entre direitos fundamentais ou direitos da personalidade, um deles deve prevalecer dentro de um juízo de ponderação e proporcionalidade, sempre no sentido mais conforme a Constituição Federal. Cabe a seguinte pergunta: qual é o direito mais relevante no caso concreto, o

sigilo do doador ou o direito fundamental do ser humano ao conhecimento de sua origem biológica e genética?¹⁶

Em tese de pós-doutoramento, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em que comparei o Direito brasileiro com o Direito português, examinei o direito de todos os seres humanos de conhecer sua origem biológica e genética como um direito fundamental que deve prevalecer sobre o direito ao sigilo do doador¹⁷.

Afinal, quem é a pessoa vulnerável nessa relação? Obviamente que o ser humano oriundo da reprodução assistida é quem tem a maior vulnerabilidade, sequer podendo expressar sua vontade de vir ao mundo por um processo artificial.

Quantos direitos do ser gerado estão em tela na PMA, em face do único direito do doador de gametas? São cinco direitos do ser humano gerado por PMA – direitos à integridade física, integridade psíquica, desenvolvimento da personalidade, conhecimento da origem genética e conhecimento da origem biológica do ser humano gerado por essa técnica que se contrapõem a um único direito do doador de gameta, que é a intimidade.

Aliás, pode-se dizer que são seis direitos daquela pessoa gerada por reprodução assistida, já que a igualdade entre os filhos gerados por PMA e os filhos naturais na oportunidade de conhecer sua ascendência e ter acesso aos dados genéticos de seus ascendentes também pode ser considerado um direito da personalidade.

E mesmo que se pondere o direito do casal receptor à constituição da família, que, diante da infertilidade somente poderia ser exercido pela PMA heteróloga, este direito não pode instrumentalizar o ser humano procriado de maneira assistida. O ser humano não deve ser coisificado ou instrumentalizado para garantir o bem-estar de adultos, seus pais registrais.

¹⁶ A Constituição da República Portuguesa estabelece em seu art. 18.º, n.º 2: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." No Brasil, a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispôs no Enunciado n. 274: "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

¹⁷ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tese de pós-doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Supervisão: Prof. Dr. Fernando Araújo. Lisboa, 2013, p. 26/27. In *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. Coordenadores: Regina Beatriz Tavares da Silva; Theodureto de Almeida de Camargo Neto. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

Em suma, o direito à constituição da família não pode instrumentalizar o ser humano envolvido na PMA.

Um ser humano a quem é negado o conhecimento de suas origens tem amputada a sua história:

Um ser que nasce sem história, a partir de gametas anónimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da origem biológica pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional.¹⁸

Exatamente por isso, o ser humano, independentemente de sua forma de vir ao mundo, deveria ter sempre o direito de poder conhecer sua verdadeira origem, sob pena de sofrer um “embotamento”:

[...] as circunstâncias respeitantes aos termos em que foi gerado, assumindo aqui particular importância o conhecimento das pessoas que, no plano biológico, determinaram imediatamente a sua existência.¹⁹

A revelação ao filho de que nasceu de reprodução assistida é seu direito fundamental e a ocultação da verdade pelos pais registrais para com os filhos é a pior mazela que pode ocorrer na relação entre eles:

Efectivamente, costuma referir-se o Direito e a Ética ao Bem e à Verdade: tanto a Justiça como o comportamento ético realizam o Bem e a Verdade. Mas estes valores últimos, conhecidos como transcendentais do ser, apresentam-se intermutáveis. Não há Bem sem Verdade, nem Verdade sem Bem.²⁰

Em suma, a violação à integridade psíquica, não só física, do ser humano que não tem o direito de conhecer sua ascendência biológica é inegável:

[...] a circunstância de o filho estar afectado psiquicamente pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos.²¹

O direito ao conhecimento da origem biológica encontra lastro no plano internacional²².

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. III. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33.

¹⁹ VALE E REIS, Rafael Luís. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16 e 64.

²⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.. Relativismo, valores, direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

²¹ CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 73/86.

²² NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídi-

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas estabelece, no art. 7º, n.1, que a criança tem desde o nascimento "sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais...", e seu art. 8º dita que os Estados partes "comprometem-se a respeitar o direito da criança a preservar sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e as relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal (...)".

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 24, n.3, também prevê que todas as crianças "têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses" (progenitores no sentido de pai e mãe biológicos).

E a Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial, de 16 de março de 1989, também é relevante:

(...) impõe aos Estados o respeito pelo direito da pessoa concebida com recurso às referidas técnicas a conhecer sua origem genética, nos mesmos termos em que um tal direito do adotado fosse tutelado.²³

Além dos danos aos direitos fundamentais ou da personalidade resultantes da impossibilidade de conhecimento da ascendência biológica, antes examinados, a reprodução assistida heteróloga, diante do anonimato do doador, gera o grave risco de incesto, como se verá a seguir.

A Resolução CFM nº 2.168/2017, em seu item 6, autoriza que um doador produza 2 gerações de crianças de sexos diferentes a cada 1.000.000 de habitantes²⁴. Levando-se em consideração que, de acordo com o IBGE²⁵, o município de São Paulo possui aproximadamente 12 milhões de habitantes e que a Grande São Paulo tem cerca de 21 milhões de habitantes²⁶, haveria a possibilidade de existirem, respectivamente, 24 e 42 irmãos dentro de tais áreas geográficas, com o risco de se conhecerem, se apaixonarem e praticarem involuntariamente o incesto²⁷.

co brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012., p. 333-358, cit. p. 336-337.

²³ *Ibidem*, p. 337.

²⁴ Resolução CFM nº 2.168/2017, item 6: "Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora".

²⁵ Informação disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama>

²⁶ Informação disponível em: <https://www.emplasa.sp.gov.br/RMSP>

²⁷ Regina Beatriz Tavares da Silva: Casei-me com meu irmão?. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/casei-me-com-meu-irmao/>
<http://adfas.org.br/2018/02/07/casei-me-com-meu-irmao/>

Na França vigora a regra do anonimato do doador, cabendo observar um caso real ali ocorrido²⁸, que levou um casal ao desespero de um dilema durante anos, por não saberem se seriam ou não irmãos, já que os dois haviam sido gerados por reprodução assistida²⁹. Em 2009, uma advogada francesa, Audrey Kermalvezen, já casada com um homem fruto de reprodução assistida, recebeu de seus pais a revelação de também fora concebida por procriação assistida heteróloga. Audrey sentiu o mundo abrir aos seus pés, contando que foi tomada de uma raiva intensa contra os seus pais, por terem escondido a verdade dela por quase trinta anos. A raiva e a indignação que sentia pelos pais só foi atenuada porque, como advogada especialista em Bioética, ela sabia perfeitamente o quanto a medicina e a legislação francesa haviam contribuído para criar e manter aquela mentira na qual ela havia acreditado durante tanto tempo, ao privilegiar o completo sigilo dos procedimentos de reprodução assistida, mantendo o anonimato absoluto dos doadores, com o propósito de encorajar doadores de gametas³⁰. Contudo, a angústia que se abateu sobre Audrey não se devia exclusivamente à frustração de descobrir que o homem que passara a vida inteira pensando ser seu pai, não era de fato seu pai biológico. Sua situação era mais grave porque Audrey era casada com um homem da mesma idade, nascido na mesma região da França, também concebido por reprodução assistida heteróloga. Sem poder conhecer as identidades de seus pais biológicos, em razão do anonimato do doador que vigora na França, ela e o marido foram tomados pelo medo de que fossem irmãos, com a mesma ascendência biológica paterna³¹. O casal iniciou então uma verdadeira batalha na justiça, que continua se estendendo por anos, para descobrir a identidade de seus respectivos pais biológicos, ou, ao menos, para obterem a confirmação que não eram filhos biológicos do mesmo homem. Mas essa informação foi-lhes negada, porque, argumentavam as autoridades francesas, seria colocado em risco o anonimato dos doadores.

O sofrimento de inúmeras pessoas na França, que desejam conhecer a sua ascendência biológica, é revelado pela existência da Associação PMAAnonyme, que reúne pessoas inconformadas com o anonimato na sua ascendência biológica³². Além de encamparem a luta pública pela mudança da legislação francesa,

²⁸ Vide informações do Senado francês disponíveis em: <https://www.senat.fr/lc/lc186/lc1860.html>

²⁹ Dados disponíveis em: http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html

³⁰ Sobre a história de Audrey, vide: <<http://www.lefigaro.fr/mon-figaro/2014/05/08/10001-20140508ARTFIG00176-audrey-kermalvezen-je-veux-connaître-mes-origines.php>>. Acesso em 18 abr. 2018.

³¹ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso em 18 abr. 2018.

³² Disponível em: <<http://pmanonyme.asso.fr/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

essas pessoas, unidas em seu desespero, organizam-se para tentar obter dados com testes genéticos entre supostos irmãos, todos oriundos de reproduções assistidas. Através dessa Associação e desses mesmos testes genéticos que não são regulares, podendo-se imaginar as dificuldades inerentes à sua realização e à conclusão sobre a existência ou não de laços fraternos, Audrey e seu marido tiveram a sorte de livrar-se da dúvida que os angustiava ao conseguirem identificar alguns meio-irmãos, após muitos anos de aflição³³.

O risco de incesto é real não só na França, mas, também, no Brasil que adota o anonimato do doador.

E, ainda que não haja risco de incesto, a ofensa à integridade moral da pessoa gerada também se denota no caso de Caroline Halstead, da Inglaterra, em que essa senhora afirma que a PMA “é uma maneira horrível de ser concebida”, e comenta que, após ter sido mãe:

Eu olho para minha filha e vejo as minhas características e as do Tom, meu marido. Ela é tão segura de si, do seu lugar no mundo. Já eu, quando me olho no espelho, vejo só metade de uma pessoa. É um fardo conviver com isso³⁴.

Em estudo chamado “O nome do meu pai é Doador”, houve surpresa até mesmo entre os pesquisadores. Ao entrevistarem 485 pessoas concebidas com esperma de doadores anônimos e 562 pessoas que foram adotadas quando crianças, descobriram que a mágoa é muito maior entre os filhos de doadores anônimos do que entre os adotados que foram rejeitados pelos pais biológicos³⁵.

As técnicas reprodutivas e genéticas não podem ser justificadas por um “admirável mundo novo huxleyano”³⁶.

Afinal, o interesse do ser humano gerado por reprodução assistida deve nortear a regulamentação dessa técnica³⁷.

Inobstante muitas reflexões poderiam ser feitas em relação à PMA em relações homossexuais, como tive a oportunidade de fazer em tese de pós-douto-

³³ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kernalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso 18 abr. 2018.

³⁴ “O nome do meu pai é doador”. Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/mulher-7por7/2010/06/24/o-nome-do-meu-pai-e-doador/>
<http://adfas.org.br/2018/05/23/o-nome-do-meu-pai-e-doador/>

³⁵ *Ibidem*. ADFAS: <http://adfas.org.br/2018/05/23/o-nome-do-meu-pai-e-doador/>

³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 57-70.

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 281-296, cit. p. 286.

ramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa³⁸, não há como negar que a reprodução assistida heteróloga é comumente buscada em uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em união homoafetiva não há como evitar a revelação da utilização da técnica, indubitavelmente esse filho foi gerado com a doação de gameta por terceiro ou terceira. O ser gerado artificialmente poderá vir a rejeitar a dupla paternidade ou maternidade e vir a projetar na mãe biológica ou no pai biológico a solução de seus problemas (...) podendo revoltar-se legitimamente contra uma situação que lhe foi impingida. Assim, aqui mais uma razão para a revelação do doador de gametas em PMA³⁹.

A proteção do doador do material genético, para que nunca possa ser identificado, tem em vista o incentivo à doação de sêmen e óvulos, com a consequente ampliação do número de inseminações e fertilizações assistidas. Tudo pela utilização das técnicas de reprodução assistida, independentemente dos problemas que a não identificação do doador do material genético possa causar ao ser humano gerado desse modo, em termos existenciais, sem poder saber do seu passado ou de sua verdadeira origem.

E não é só em relação ao ser humano gerado que a PMA assistida gera danos. A doação de sêmen, numa única coleta, por meio de uma única masturbação, pode servir a inúmeras reproduções assistidas, de modo que perturbações psíquicas poderão afetar o doador de sêmen para sempre, com as seguintes per-

³⁸ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tese de pós-doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Supervisão: Prof. Dr. Fernando Araújo. Lisboa, 2013, p. 26/27. In *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. Coordenadores: Regina Beatriz Tavares da Silva; Theodureto de Almeida de Camargo Neto. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

³⁹ E aqui uma nota sobre a PMA em casais homossexuais. Em Portugal, essa reprodução assistida é permitida somente para casais de mulheres, conforme a Lei da PMA, art. 6º: 1 - Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. No Brasil, a PMA pode ser utilizada por casais de mulheres e de homens, conforme a Resolução CFM 2.168/2017: 1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente. 2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico. E, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento 63 estabelece que: Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

guntas: quantos filhos eu tenho? O filho do vizinho é meu filho biológico? E a pior e mais perturbadora pergunta: o meu genro é meu filho?

3. Brasil: da revelação ao anonimato do doador

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, estabeleceu a revelação do doador na reprodução assistida heteróloga.

Assim, a reprodução assistida que recebia, até então, regulamentação exclusiva do Conselho Federal de Medicina (CFM), que é órgão de supervisão da ética profissional, cujas normas dizem respeito exclusivamente à classe médica, teve as suas diretrizes sobre o anonimato do doador modificadas pelo órgão que fiscaliza as atividades cartoriais de registros (registros) de nascimento (CNJ).

Em suma, anteriormente ao Provimento CNJ 52/2016, era estabelecido pelo CFM o sigilo do doador do sêmen ou da doadora do óvulo na PMA heteróloga⁴⁰.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) foi intimada pela então Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Fátima Nancy Andrihgi, a se manifestar antes da aprovação do Provimento nº 52/2016 (Pedido de Providências nº 0004722-19.2014.2.00.0000), quando apresentou ao CNJ, especificamente à Corregedoria Nacional de Justiça, os fundamentos pelos quais deveria ser vedado o anonimato ou sigilo do doador de material genético, assim como guardados com segurança os seus dados genéticos.

Foi, então, aprovado o Provimento CNJ nº 52/2016, que estabeleceu normas de extrema importância na proteção do ser humano gerado por reprodução assistida, pelas quais o doador de sêmen e a doadora de óvulo deveriam ser identificados em escritura pública, com o seu consentimento para que o registro de nascimento fosse feito em nome dos receptores, a ser arquivada no Cartório de Registro Civil referente ao assento de nascimento, assim como ali arquivados os respectivos dados clínicos e características fenotípicas:

Art. 2º, II, § 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem.

Art. 2º, II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com

⁴⁰ Resolução CFM nº 2.121, de 24 de setembro de 2015.

registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários.

Art. 3º, § 2º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.

§ 2º. Todos os documentos referidos no art. 2º deste Provimento deverão permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil.

Segundo o provimento do CNJ de 2016, a informação sobre o doador não criaria vínculo de paternidade entre ele e a pessoa gerada. Com o devido cuidado, o CNJ estabeleceu a inexistência de deveres e direitos entre as duas partes, ou seja, o filho não teria direito, por exemplo, de pleitear pensão alimentícia ou uma parte da herança do homem que doou gametas para sua concepção:

Art. 2º, § 4º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

A regulamentação trazida pelo Provimento nº 52/2016 sobre a vedação do anonimato, ao exigir que fosse apresentada perante o Ofício de Registro Civil a escritura pública de identificação do doador do gameta utilizado na reprodução assistida, impossibilitava a prática involuntária de incesto. Desse modo, diante do processo de habilitação para o casamento, apareceria a relação de parentesco e o casamento civil não poderia ser celebrado.

Em suma, o CNJ, com admirável sensibilidade e lucidez, havia elevado os direitos dos brasileiros concebidos em reprodução assistida a patamar superior ao romper o princípio do CFM sobre o sigilo do doador.

Com a proibição ao anonimato dos doadores, concretizava-se o princípio da igualdade nas relações familiares, pois conhecer a própria origem, saber quem é e de onde veio, deixava de ser privilégio exclusivo dos brasileiros concebidos por meio natural ou adotivo, o conhecimento de sua ascendência biológica passava a ser um verdadeiro direito à memória familiar, garantido a todos os brasileiros, sem quaisquer discriminações⁴¹.

Tamanha a resistência do mercado reprodutivo que, em 10 de novembro de 2017, ainda sob a vigência do Provimento CNJ nº 52/2016 acima indicado, foi aprovada pelo CFM a Resolução nº 2.168, que repetiu as mesmas normas a respeito da obrigatoriedade do sigilo sobre o doador de gametas previstas na Resolução anterior de 2015:

⁴¹ Regina Beatriz Tavares da Silva: Regulamentação protetiva do ser humano gerado por reprodução assistida. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/regulamentacao-protetiva-na-reproducao-assistida-brasil-a-frente/>
<http://adfas.org.br/2017/03/08/regulamentacao-protetiva-na-reproducao-assistida-brasil-a-frente/>

Capítulo IV, 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Capítulo IV, 4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Realmente uma desobediência flagrante ao órgão de controle e fiscalização dos registros públicos, de hierarquia superior a meras normas deontológicas, com vistas a que a prática da reprodução assistida não sofresse impactos negativos com o fim do anonimato dos doadores, desestimulando, por conseguinte, a aplicação dessa técnica.

Lastimavelmente, o CNJ, ao invés de intimar o CFM a cumprir suas normas, submeteu-se aos desígnios dos médicos e retomou o sigilo do doador no Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.

Assim, depois de um ano e oito meses de quebra do anonimato, o CNJ deixou de prever a obrigatoriedade da identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida, estabelecendo que:

Art. 8º. O Oficial do registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

Foram revogados todos os avanços que haviam sido conquistados com o Provimento anterior, em retrocesso lastimável, que ofende os direitos da personalidade do ser humano gerado por essa técnica.

Somente os médicos que tratam de doença do ser gerado por PMA podem conhecer os dados genéticos e fenotípicos do doador, assim como seus dados clínicos de caráter geral, de modo que uma pessoa artificialmente procriada no Brasil não poderá saber quem é seu pai biológico, conhecer sua ascendência, saber de onde veio:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, infor-

mações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)⁴².

Quanto à guarda de dados, foi também retomada a regra deontológica da Resolução CFM 2.168/2017:

IV, 5: As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

Portanto, a guarda dos registros de dados clínicos e características fenotípicas, assim como da amostra de material celular dos doadores voltou a ficar reservada somente à Clínica ou Centro de RA.

A segurança jurídica está colocada em risco, já que os dados genéticos e fenotípicos do doador do gameta são de suma importância ao tratamento do ser humano gerado por PMA, razão pela qual deveriam ser arquivados no registro público de nascimento, como estabelecia o Provimento CNJ 52/2016.

E a desigualdade entre os filhos, não só naturais, mas também oriundos de adoção, em relação a quem nasce de PMA heteróloga está instalada no Brasil. No Estatuto da Criança e dos Adolescentes (ECA) – Lei n. 8.069/1990, com a redação dada pela Lei n.º 12.010/2009 é estabelecido que:

Art. 48: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Na conformidade do art. 5.º, XLI da CF/88 são vedadas quaisquer discriminações ou violações aos direitos fundamentais, mas a discriminação está novamente instalada.

4. Portugal: do anonimato à revelação do doador

Em Portugal vigorava o anonimato do doador de gametas na chamada procriação medicamente assistida, reiterado, inclusive, em alteração da legislação do ano de 2016.

Era o que estabelecia a Lei n.º 32 de 26 de julho de 2006 - Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), na redação dada pelas Leis n. 17, de 20 de junho de 2016, e n. 25 de 22 de agosto de 2016.

⁴² As Resoluções anteriores estabeleciam a mesma regra: Resolução CFM n.º 2.121/2015, IV, 4: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores; Resolução CFM 2.013/2013, IV, 4: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores.

O Tribunal Constitucional, por meio do acórdão n. 225/2018, no Processo n.º 95/17, declarou como inconstitucionais as normas legais sobre esse anonimato.

Um grupo de trinta Deputados requereu, com êxito, à Assembleia da República, com fundamento no artigo 281.º, n.º 1, alínea ‘a’, e n.º 2, alínea ‘f’, da Constituição da República Portuguesa, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos preceitos da LPMA que determinavam o sigilo da identidade do doador⁴³.

O art. 15, sob a epígrafe “Confidencialidade”, n.ºs 1 e 4, da lei supracitada, que determinava o anonimato do doador e a sua revelação somente em circunstâncias excepcionais, foi havido como inconstitucional.

Segundo a regra desses dispositivos, agora revogada:

Art. 15.º: Confidencialidade 1. Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA...

E estabelecia aquela lei, em seu art. 15, 4, que por razões ponderosas poderia haver a revelação, como, por exemplo, em face do prejuízo à integridade psíquica do ser gerado por PMA.

Assegurava-se em Portugal o anonimato a todos os dadores (doadores) de material genético com vistas a possibilitar a fecundação da mulher. A regra era, assim, da não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que existissem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

A inconstitucionalidade foi declarada por violação dos direitos e dos princípios estabelecidos na Constituição da República Portuguesa, o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (art. 26.º, n.ºs 1 e 3), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º e 67.º, n.º 2, alínea ‘e’), o princípio da igualdade (art. 13.º) e o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2).

Note-se o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), anterior à declaração de inconstitucionalidade das normas sobre o sigilo dos dados do doador:

... A decisão sobre a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) deve estar subordinada ao primado do ser humano, princípio fundamen-

⁴³ Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>> Acesso em 28 de abr. de 2018.

tal que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas (Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina). No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração” [Parecer n.º 87/CNECV/2016]

⁴⁴.

O objeto da proteção em PMA passou a ser em Portugal, sobretudo, aquele conjunto de direitos que constitui o mais importante valor a salvaguardar: os direitos da pessoa gerada⁴⁵. A divulgação da identidade do doador não depende mais de qualquer justificativa em processo judicial:

“É certo que se admite [no projeto de lei analisado à época] que as pessoas assim nascidas “poderão” obter o conhecimento da identidade do dador, mas só “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial” (n.º 3 do art.º 12º). Mas esta disposição apenas abre uma possibilidade, que até parece excepcional, cuja satisfação depende de critérios indefinidos: o querer saber quem é o progenitor “genético” não será, por si só, razão ponderosa? O conhecimento da identidade dos progenitores faz parte da historicidade pessoal e, portanto, da identidade própria e singular, pelo que a ninguém deve ser negado o acesso a esse conhecimento; à instância judicial cabe assegurá-lo, nunca avaliar a sua legitimidade.

Como constou do referido acórdão:

Se o direito a constituir família e a ter filhos é constitucionalmente protegido, também o é o direito a conhecer-se cabalmente a sua identidade – também a genética – e, entre um e outro, deverá ser o primeiro a ceder, e não o contrário...⁴⁶

Note-se que a Lei 32/2006 já estabelecia sob o título da “Exclusão da paternidade do dador de sêmen” que:

⁴⁴ Relatório do Conselheiro Joaquim Pinto Machado, anexo ao Parecer n.º 23 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) de 1998.

⁴⁵ Regina Beatriz Tavares da Silva: Quem é o doador de gametas na reprodução assistida? Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quem-e-o-doador-de-gametas-na-reproducao-assistida/>
<http://adfas.org.br/2018/09/05/3485/>

⁴⁶ *Ibidem*.

Art. 21. O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

E, em modulação de efeitos, o Tribunal decidiu, com fundamento em imperativos de segurança jurídica e em cumprimento do dever do Estado de proteção da infância, limitar os efeitos da sua decisão, de modo a salvaguardar as situações em que já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de PMA a que se refere o artigo 14º, nº 1, da Lei da PMA.

A Lei 48 de 8 de julho de 2019 veio, então, alterar a Lei n.º 32/2006:

Art. 15º: Confidencialidade.

1 - Quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.

3 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento.

4 - Para efeitos do n.º 2, entende-se como 'identificação civil' o nome completo do dador ou dadora.

E, em acatamento à decisão do Tribunal Constitucional, a Lei 48/2019 estabeleceu norma transitória:

Art. 3.º: Norma transitória

1 - Exceto nos casos em que os dadores autorizem de forma expressa o levantamento do anonimato, são abrangidos por um regime de confidencialidade da identidade civil do dador:

a) Os embriões resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei;

b) Os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei;

c) As dívidas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018.

Porém, como estabelece a Lei 48/2019:

Art. 3º, 2 - O regime de confidencialidade do dador, a que se refere o n.º 1, não prejudica o direito de acesso às informações previstas nos números 2, 3 e 5 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pela presente lei.

E, de acordo com a Lei 32/2006:

Art. 15º: Confidencialidade

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.

3 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento.

5 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Portanto, há uma abertura legal à revelação dos dados do doador de gametas para todas as doações, inclusive as anteriores à modificação legal.

E, ainda, conforme a Lei 48/2019:

Art. 3º: Norma transitória

3 - Findos os prazos previstos no n.º 1, os gâmetas e embriões doados ou resultantes de doações são destruídos no caso de o dador não ter, durante esse período, autorizado o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil.

5. Considerações finais

Vê-se uma tendência mundial no rompimento do princípio do anonimato do doador.

Muito embora permaneça vigorando o sigilo do doador em países como a França, a Itália, a Espanha e a Eslovênia⁴⁷, outros muitos países já aboliram práticas de anonimato em doação de material genético, como a Suécia (1984), a Áustria (1992), a Suíça (1999), a Noruega (2003), os Países Baixos (2004), a Nova Zelândia (2004), o Reino Unido (2005), a Finlândia (2006), a Austrália (2011) e Portugal (2018). Em alguns outros países há a possibilidade de escolha entre doação anônima e não anônima: Islândia (1996), Dinamarca (1997) e Bélgica (2007)⁴⁸.

O rompimento do anonimato do doador é resultado da informação, superando-se a tal entropia informativa que ainda permanece em países que se mantêm sob o domínio de ideias obnubiladas por interesses de uma classe que tem interesses econômicos e precisa ser vencida definitivamente pelos maiores interesses envolvidos em PMA, que são os da pessoa gerada por técnica artificial de reprodução humana.

As ideias que ampliam as possibilidades na procriação artificial têm por finalidade os interesses dos pais e dos doadores de gametas – os direitos dos adultos –, enquanto que a que restringe tem em conta os interesses do embrião e do ser humano que nascerá – os direitos daquele ser vulnerável, que não pode ser tratado como uma coisa ou uma “não pessoa”⁴⁹.

Foi este o caminho trilhado pelo Brasil ao reestabelecer o anonimato do doador: “coisificar” o ser humano gerado por PMA.

Sem dúvida alguma, o diálogo entre o Direito e as novas tecnologias genéticas envolve uma “encruzilhada existencial” e essa tensão revela-se claramen-

⁴⁷ European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE). Regulation and legislation in assisted reproduction. Fact Sheets 2, Jan. 2017, p. 2. https://pdfs.semanticscholar.org/cf23/28a-779d0012e543478d0cb04cb72b70d7470.pdf?_ga=2.177071398.2044779124.1574180301-1379597268.1574180301

⁴⁸ Álvarez Plaza C., y Pichardo Galán, J. I. (2018). The construction of the “good sperm donor”: selection, choice, anonymity and traceability. Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research, vol. 2018/2, papel 194, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press, <https://www.ehu.es/ojs/index.php/papelesCEIC/article/view/18846>

⁴⁹ GHASARIAN, Christian. *Introdução ao estudo do parentesco*. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999, p. 201.

te nas tecnologias de procriação artificial: há dilemas e mais dilemas complexos e de difícil solução⁵⁰.

A ponderação entre dois interesses, sem que sejam um bem ou um mal absoluto, acarreta dificuldade ao Direito de realizar verdadeiras escolhas, o que, somado à complexidade técnica das questões sem regulamentação legal, mas apenas deontológica, acarreta os inconvenientes de propiciar “áreas de impunidade”, em matéria de tamanha importância⁵¹.

Diante de tantos dilemas e sabendo que a matéria não pode ficar adstrita aos pareceres médicos, que são indiscutivelmente os maiores interessados em sua ampliação, em Portugal foi quebrado o sigilo do doador.

Afinal, nem tudo que é possível tecnicamente é aceitável. O Direito não deve adotar conduta de mera ratificação de tudo quando pode ser cientificamente feito.

Em suma, muito melhor do que o Brasil está Portugal na regulamentação da reprodução assistida.

O ser humano que nasce por meio de técnicas de reprodução assistida é quem mais precisa de proteção devido à sua vulnerabilidade, devendo ser o foco principal da proteção, que não deve recair exclusivamente sobre os doadores e os destinatários, mas, sim, considerar o conjunto de direitos em relação ao qual o Estado tem o dever particular de tutela: a proteção aos direitos do ser humano gerado por procriação medicamente assistida, como se diz em Portugal, ou reprodução assistida, como é chamada no Brasil.

Referências bibliográficas

ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128, n. 3.853, ago. 1995.

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, v. 1. Coimbra: Coimbra.

⁵⁰ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11/14

⁵¹ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 7/8.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). Estudos de direito da bioética, v.II. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Relativismo, valores, direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. Tratado Notarial e Registral. São Paulo: YK, 2017.

GHASARIAN, Christian. Introdução ao estudo do parentesco. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

Os Direitos da Personalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

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

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 6ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

PLAZA C., Álvarez y GALÁN, J. Pichardo I. (2018). The construction of the “good sperm donor”: selection, choice, anonymity and traceability. *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 194, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press. Disponível em: <https://www.ehu.eus/ojs/index.php/papelesCEIC/article/view/18846>

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Guarda compartilhada: discricionarieidade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil*. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo*. Tese de pós-doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Supervisão: Prof. Dr. Fernando Araújo. Lisboa, 2013, p. 26/27. In *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. Coordenadores: Regina Beatriz Tavares da Silva; Theodureto de Almeida de Camargo Neto. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

___ *Pressupostos da Responsabilidade Civil na Área da Saúde*, in *Responsabilidade Civil na Área da Saúde* (coord. Regina Beatriz Tavares da Silva), *Série GVlaw*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3/35.

___ *Responsabilidade civil do médico na inseminação artificial*. In *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. Carlos Alberto Bittar (Coord.). São Paulo, Saraiva, 1991.

___ Quem é o doador de gametas na reprodução assistida? Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quem-e-o-doador-de-gametas-na-reproducao-assistida/> <http://adfas.org.br/2018/09/05/3485/>

___ Casei-me com meu irmão?. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/casei-me-com-meu-irmao/> <http://adfas.org.br/2018/02/07/casei-me-com-meu-irmao/>

___ Regulamentação protetiva do ser humano gerado por reprodução assistida. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/regulamentacao-protetiva-na-reproducao-assistida-brasil-a-frente/> <http://adfas.org.br/2017/03/08/regulamentacao-protetiva-na-reproducao-assistida-brasil-a-frente/>

VALE E REIS, Rafael Luís. O direito ao conhecimento das origens genéticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIREITOS REPRODUTIVOS E NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA: O CASO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

*Diana Coutinho*¹

RESUMO: O nosso artigo² versa sobre os direitos reprodutivos das mulheres e as novas formas de constituição de família na Europa, em especial a sua análise à luz da gestação de substituição.

No dia 22 de agosto de 2016 foi publicada a lei n.º 25/2016, que veio regular o acesso à gestação de substituição e procedeu à quarta alteração à lei portuguesa da procriação medicamente assistida (lei n.º 32/2006, de 26 de julho). Até à entrada em vigor da lei n.º 25/2016 era expressamente proibido o recurso à gestação de substituição (a título oneroso ou gratuito). Com a referida alteração legislativa passou a ser possível o acesso à gestação de substituição, desde que a título excepcional (a saber, ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem), gratuito e utilizando material genético de pelo menos um dos beneficiários. Todavia, a nova lei não foi isenta de críticas, tendo

¹ Assistente Convidada da EDUM; Doutoranda em Ciências Jurídicas-Privatísticas; Investigadora Júnior do Jus-Gov.

² Este artigo corresponde ao estudo intitulado “A gestação de substituição face aos direitos reprodutivos na Europa do século XXI: algumas reflexões”, apresentado na edição 2018 do Prémio Teresa Rosmaninho – Direitos das Mulheres, Direitos Humanos. O júri do concurso deliberou atribuir uma menção honrosa ao referido estudo. Ademais, este artigo foi publicado com o título “A Gestação de Substituição face aos direitos reprodutivos na Europa do século XXI: algumas reflexões”, in *Anuário de Direitos Humanos*, Anabela Gonçalves (coord.), Centro de Investigação em Justiça e Governação, Braga, Dezembro de 2018, pp. 41-72. No presente trabalho procedemos apenas às necessárias adaptações das regras de citação e formatação e a uma breve atualizada da evolução legislativa-jurisprudencial do tema referente ao ano de 2019.

culminado na decisão do Tribunal Constitucional (TC) no acórdão n.º 225/2018 e consequente suspensão do acesso à gestação de substituição.

Na Europa assistimos a posições (e a práticas) diferenciadas: a aceitação sem restrições dos contratos de gestação de substituição, a posição intermédia de admissibilidade mediante o preenchimento de certos requisitos, os casos de proibição expressa e a ausência de regulamentação.

Não almejamos fazer um estudo de direito comparado, apenas pretendemos refletir sobre algumas das questões suscitadas em torno deste tema, analisar a posição dos estados europeus e perceber se o recurso à gestação de substituição poderá constituir um direito reprodutivo e uma nova forma de constituição de família.

1. Dos Direitos Reprodutivos

1.1 Breve enquadramento histórico-legislativo

A 2.^a metade do século XX ficou marcada pela emergência e reconhecimento dos direitos humanos. A discussão em torno de questões como o planeamento familiar, a sexualidade, a liberdade de disposição sobre o próprio corpo, a infertilidade, a utilização de métodos contraceptivos, a emancipação feminina, entre outras, fomentou a emergência dos direitos reprodutivos à categoria de direitos humanos. Várias organizações europeias e internacionais desempenharam um papel fulcral no reconhecimento e tratamento dos direitos reprodutivos como direitos humanos³ (por exemplo, a Organização Mundial de Saúde e a Organização das Nações Unidas). Contudo, o caminho para a consagração dos direitos reprodutivos como direitos humanos foi um processo longo, bastante trabalhoso e ainda não está concluído. Apesar dos avanços das últimas décadas continuamos a assistir, um pouco por todo o Mundo, a violações, desrespeito e não reconhecimento dos direitos das mulheres (incluindo dos direitos reprodutivos). De seguida referimos, ainda que sucintamente⁴, os principais marcos e etapas da história dos direitos reprodutivos como direitos humanos, ou seja, enquanto direitos universais, indivisíveis e inegáveis, com todas as consequen-

³ P Oliveira., *Uma Análise Do Direito De Gerar Enquanto Direito Humano À Saúde Reprodutiva* (Instituto de Direito da Pontifícia, Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010) 3. Disponível em http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Analise-Dir-Gerar-enq-to-DH-saude-sexual-e-reprod.pdf?x20748, consultado em 20 de fevereiro de 2018.

⁴ Não é nosso objetivo fazer uma análise aprofundada dos direitos reprodutivos, mas tão-só focar alguns aspetos que consideramos relevantes para a articulação com a temática da gestação de substituição. Para um estudo aprofundado sobre direitos reprodutivos veja-se, por exemplo, V. Raposo, *O Direito À Imortalidade: O Exercício De Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas De Reprodução E O Estatuto Jurídico Do Embrião In Vitro* (Almedina, 2014).

cias jurídicas que tal reconhecimento acarreta. Como refere Miriam Ventura “o reconhecimento da natureza dos direitos reprodutivos como direitos humanos é fundamental para a reconstrução dos direitos e obrigações, que envolvem o exercício das funções reprodutivas e da sexualidade.”⁵ Por conseguinte, tal reconhecimento permite que as “diferenças de género, geração, classe, cultura e outras passam a ser consideradas, ao mesmo tempo em que são reconhecidas necessidades sociais específicas”⁶.

O art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁷ refere que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” e o art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Cada indivíduo é titular de um conjunto de direitos universais, inalienáveis, inerentes, indivisíveis e inegáveis. Neste conjunto de direitos, denominados de direitos humanos ou direitos fundamentais⁸, encontram-se os direitos reprodutivos. Da Conferência sobre Direitos Humanos, realizada no Irão no final da década de 60, resultou o reconhecimento do direito dos casais a decidir sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos. Este direito foi reforçado na Conferência Mundial sobre a População, realizada em Bucareste em 1974, com o reconhecimento das funções dos Estados na garantia desses direitos, na transmissão de informação e no acesso a métodos contraceptivos⁹. Na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW)¹⁰, datada de 1979, consagrou-se um conjunto de direitos (civis, políticos e económicos)¹¹ que se traduziram também numa proteção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. A CEDAW considera discriminação contra as mulheres “qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objetivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for

⁵ M Ventura, *Direitos Reprodutivos No Brasil* (Fundo de População das Nações Unida - UNFPA, 3.ª edição, 2009) 35. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf, consultado em 20 de fevereiro de 2018.

⁶ *Idem, ibidem*.

⁷ Datada de 1948.

⁸ No contexto internacional a designação mais utilizada é direitos humanos. No contexto nacional, atendendo à própria consagração do texto constitucional, a expressão mais utilizada é direitos fundamentais. Sobre esta designação cf. Raposo, *supra* n 3, 66-7.

⁹ Cf. Raposo, *supra* n 3, 353-54.

¹⁰ Em 1946 foi criada a Comissão para a Estatuto da Mulher (CEW), principal responsável pela criação desta Convenção após anos de luta na defesa e promoção dos direitos das mulheres.

¹¹ Cf. V Moreira/ C Gomes (coord.), *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos* (Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 3.ª edição, 2012) 196. Disponível em http://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual_completo_capas.pdf, consultado em 21 de agosto de 2018.

o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios, político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio” (art. 1.º). Estabelecendo que “os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres. Os mesmos direitos, em particular: o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, incluindo a salvaguarda da função de reprodução” (crf. art. 11.º, n.º1, alínea f). Para cumprimento e garantia destes direitos estabeleceu-se que “os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados de saúde, com vista a assegurar-lhes, com base na igualdade dos homens e das mulheres, o acesso aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planeamento da família. 2 - Não obstante as disposições do parágrafo 1 deste artigo, os Estados Partes fornecerão às mulheres durante a gravidez, durante o parto e depois do parto serviços apropriados e, se necessário, gratuitos, assim como uma nutrição adequada durante a gravidez e o aleitamento” (art. 12.º). Posteriormente, em 1999, a Assembleia-Geral da ONU adotou o Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹². Este protocolo veio estabelecer mecanismos de queixa, participação e investigação de eventuais violações da CEDAW. Na promoção e defesa dos direitos das mulheres destaca-se ainda a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos (1993) realizada em Viena. Desta conferência resultou a Declaração de Viena e o Programa de Ação, na qual se declarou que “os direitos humanos das mulheres e das meninas são uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais”¹³.

1.2 A noção de saúde como pré-caminho para a construção do conceito de saúde reprodutiva e dos direitos reprodutivos

A OMS define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”¹⁴. A defesa e promoção do direito à saúde é, em grande medida, condicionado pelo contexto económico, social e político onde a mulher está inserida, assim como por razões de ordem biológica¹⁵. De facto, existem vários motivos que condicionam ou limitam o exercício pleno dos direitos reprodutivos: “a saúde é tão afetada pelos genes e pelas hormonas quanto o é pela vivência social, sendo virtualmente im-

¹² *Idem*, 198.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ A definição encontra-se consagrada no primeiro princípio da Declaração de Alma Ata (1978).

¹⁵ Moreira/ Gomes, *supra n 10*, 199.

possível determinar se é a biologia ou a sociedade e o meio social o responsável pela saúde das mulheres. Além disso, a saúde das mulheres, das raparigas e das meninas também está em perigo devido à falta de consciência sobre as características e aspetos de sexo e de género, em particular o feminino, nos estudos médicos e na farmacologia, e mesmo entre profissionais de saúde, o que pode conduzir ao reforço de preconceitos de género na medicina e a um acesso e gozo desigual do direito à saúde enquanto direito humano fundamental¹⁶.

O direito à saúde está consagrado no art. 64.º da CRP, no art. 12.º, alínea a) do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) e em outros diplomas. Todos os cidadãos têm direito à saúde sem distinção de religião, raça, ideologia política ou condição socioeconómica. Trata-se de um direito fundamental na vertente de direitos económicos, sociais e culturais (DESC), ou seja, está em causa um valor coletivo, um bem de todos, que é gozado individualmente, mas sem prejuízo dos direitos de outrem e, solidariamente, com todos. Assim, o direito à saúde tem duas dimensões: positiva e negativa. A dimensão positiva traduz-se no direito a prestações do Estado e a dimensão negativa traduz-se no "direito subjetivo a que o Estado e terceiros se abstenham de prejudicar o bem jurídico saúde"¹⁷. Constituindo um DESC, via regra, "não beneficia do regime específico dos direitos liberdades e garantias"¹⁸, ou seja, do regime previsto no art. 18.º da CRP, sem prejuízo de uma interligação com aqueles direitos e um eventual aplicação análoga¹⁹.

A definição de saúde da OMS, referida *supra*, foi o ponto de partida para se estabelecer uma definição de direitos reprodutivos (e de direitos sexuais). Tal veio a acontecer na Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento²⁰ (CIDP), realizada cidade do Cairo, no Egipto, em 1994. Nesta conferência foram definidos, expressamente, o conceito de saúde reprodutiva e saúde sexual que analisaremos *infra*. Os direitos reprodutivos interligam-se com o conceito de saúde, na vertente de saúde reprodutiva. Um ano depois, em 1995, realizou-se a 4.ª Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim²¹, onde foram

¹⁶ Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres, *Das Palavras À Ação: 1995-2015 Um Compromisso Para O Empoderamento Das Mulheres*, 16. Disponível em http://plataformamulheres.org.pt/wp-content/ficheiros/2016/01/PpDM-beijing_pt-WEB.pdf, consultado em 21 de agosto de 2018.

¹⁷ R Medeiros, "Anotação ao Artigo 64.º (Saúde) ", in J Miranda e R Medeiros (coord.), *A Constituição Da República Portuguesa Anotada*, Tomo I (Coimbra Editora, 2.ª edição, 2010), 1310.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ Da Organização das Nações Unidas (ONU).

²¹ Organizada pela CEDAW. A 1.ª conferência sobre os direitos das mulheres teve lugar na Cidade do México, em 1975.

aprofundadas as questões da Conferência de Cairo, reconhecendo que os direitos reprodutivos e (sexuais) se baseiam nos direitos humanos²² à igualdade e à dignidade (artigo 96.º) e foram desenvolvidas políticas e estratégias para a “promoção, proteção e fortalecimento dos seus direitos humanos”²³.

Podemos afirmar que a igualdade e não discriminação sexual e reprodutiva existem quando há mútuo consentimento, respeito e responsabilidade partilhada²⁴. Enquanto existir violência sexual e reprodutiva (física e moral), o não tratamento ou a inexistência de cuidados de saúde (por impossibilidade de acesso, por inexistência de condições, por não informação, por obstrução de costumes religiosos e culturais, etc) não se alcançou o pleno exercício destes direitos. Por conseguinte, a luta pelo alcance dos direitos reprodutivos (e dos direitos sexuais) passa pela mudança de mentalidades (não podem existir relações sem consentimento mútuo), respeito pela decisão do par, promoção e criação de medidas que permitam que esses direitos sejam obtidos e garantidos (medidas de prevenção, acompanhamento, esclarecimento, acesso a cuidados médicos e tratamento de problemas de saúde reprodutiva, infertilidade, apoio pré e pós parto, promover a educação sexual e reprodutiva, etc). É necessário reconhecer (e garantir) que todos têm direito a uma vida sexual livre, sem coação moral ou física, por vontade própria e que a reprodução seja também uma escolha livre e sem condicionamentos externos. É necessário aceitar as opções sexuais e reprodutivas de cada um, respeitar a decisão de ter filhos ou não sem nunca esquecer os limites dos direitos de outrem. Pois, o exercício de um direito sexual ou reprodutivo poderá, porventura, ser afastado ou restringido se tal afetar o exercício de outros direitos humanos, do próprio sujeito ou de terceiros, conforme veremos melhor *infra*.

Relacionados (direta ou indiretamente) com a proteção e promoção dos direitos reprodutivos e sexuais²⁵ temos um conjunto de diplomas internacionais, a saber, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

²² Ainda que tenha sido um reconhecimento na vertente negativa, isto é, o reconhecimento dos direitos reprodutivos enquanto forma de controlo da fertilidade através da utilização de métodos contraceptivos. No entanto, como refere Vera Raposo, tratou-se de um marco importante que abriu a história dos direitos reprodutivos. Raposo, *supra* n 3, 354.

²³ Oliveira, *supra* n 2, 4.

²⁴ Moreira/Gomes, *supra* n 10, 199.

²⁵ Os direitos reprodutivos surgem frequentemente associados ao feminismo: o feminismo enquanto motor de defesa dos direitos reprodutivos das mulheres. O feminismo surge, sobretudo, associado ao direito das mulheres a dispor sobre o próprio corpo, à emancipação feminina como forma de tomada de decisões livres e próprias, à liberdade reprodutiva. Todavia, importa salientar que os direitos reprodutivos não são um resultado apenas da luta feminista, nem se limitam aos direitos das mulheres mas também se estendem ao sexo masculino. Neste sentido, Raposo, *supra* n 3, 124-5.

Discriminação Racial; a Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da IPPF (International Planned Parenthood Federation), a Convenção Sobre os Direitos das Crianças; a Convenção Sobre os Direitos dos Povos Indígenas; a Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres; a Declaração da Assembleia Geral da ONU Sessão Especial Sobre VIH/ SIDA; a Declaração da Assembleia Geral da ONU Sobre Orientação Sexual e Identidade de Género, entre outros.

No contexto europeu destacamos os artigos 8.º, 9.º e 19.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que dizem respeito ao combate à discriminação em razão do sexo e à proteção da saúde humana; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e respetivos protocolos; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a Resolução 1399 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 2004 sobre a Estratégia Europeia de Promoção da Saúde e dos Direitos Sexuais e Reprodutivos; a Resolução 1607 da Assembleia Parlamentar do Conselho de Europa de 2008 sobre o acesso ao aborto legal e seguro na europa; o Regulamento (CE) n.º 1567/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2003, relativo à ajuda para políticas e ações em matéria de saúde reprodutiva e sexual e direitos conexos nos países em desenvolvimento²⁶; o Regulamento (CE) n.º 1922/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, que criou o Instituto Europeu para a Igualdade de Género²⁷, o Regulamento (CE) n.º 851/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que cria um Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças²⁸, entre outros.

1.3 Saúde Reprodutiva vs Saúde Sexual e Direitos Reprodutivos vs Direitos Sexuais

No final da década de 80, a OMS utilizava a expressão saúde reprodutiva referindo-se à “condição de bem-estar físico, mental e social relacionada com o sistema reprodutivo”²⁹. Da Conferência de Cairo (1994) resultou a consagração dos direitos reprodutivos e a definição de saúde reprodutiva, designadamente, no capítulo VII do Relatório de Cairo. No parágrafo 7.2 define-se saúde reprodutiva como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias relacionadas com o

²⁶ Regulamento 1567/2003 CE (2003) JO L224/1.

²⁷ Regulamento 1922/2006 CE (2006) JO L/403/9.

²⁸ Regulamento 851/2004 CE (2004) JO L138/50.

²⁹ Conceito, *Conceito de Saúde Reprodutiva*. Disponível em <https://conceito.de/saude-reprodutiva>, consultado em 21 de agosto de 2018.

sistema reprodutivo, suas funções e processos³⁰. Assim, ao conceito de saúde estabelecido pela OMS, referido *supra*, a ONU acrescentou (ou especificou) ao conceito de saúde reprodutiva as matérias relacionadas com a reprodução. Por conseguinte, a saúde reprodutiva implica “que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer”³¹. Por sua vez, a assistência à saúde reprodutiva “é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva”³². Conforme refere Duarte Vilar, a saúde reprodutiva traduz-se na capacidade das pessoas se reproduzirem, na liberdade de decidirem se querem reproduzir e quando se querem reproduzir³³.

Do conceito de saúde reprodutiva nasce também a génese dos direitos reprodutivos, contudo importa salientar que apesar de interligados são conceitos autónomos. Os direitos reprodutivos devem ser exercícios “sem intromissões proibitivas ou excessivamente restritivas dos Estados”³⁴. Os direitos reprodutivos traduzem-se no reconhecimento da liberdade reprodutiva e da capacidade reprodutiva. Por outras palavras, os direitos reprodutivos abrangem o direito de todos os casais e indivíduos decidirem livremente e responsabilmente o número de filhos que querem ter, o intervalo e o espaço entre os nascimentos³⁵ (e decidir com que parceiro se quer manter relações sexuais); o direito de acesso a informações e meios³⁶ (ou não) para procriar e à prevenção de gravidezes indesejadas (por exemplo, o direito de acesso a métodos contraceptivos, esterilização e aborto desde que permitidos por lei)³⁷; o direito a tomar decisões sobre a reprodução sem discriminação, coação e violência; o direito de acesso ao planeamento fami-

³⁰ Organização Mundial das Nações Unidas (ONU), *Programme of Action- Conference on Population and Development* (International Conference on Population and Development Cairo, 5–13 September 1994), 59. Disponível em https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf, consultado em 21 de agosto de 2018.

³¹ *Idem*, pp.59- 60.

³² *Idem, ibidem*.

³³ D Vilar, “Contributo para a História das Políticas de Saúde Sexual e Reprodutiva em Portugal” (2009) n.º4, 7. Disponível em https://ctne.fct.unl.pt/pluginfile.php/38057/mod_resource/content/0/SEXUALIDADE/HISTORIA_DAS_POLITICAS_DE_SAUDE_SEXUAL_E_REPRODUTIVA.pdf, consultado em 21 de agosto de 2018.

³⁴ Raposo, *supra* n 3, 374.

³⁵ Ou seja, o direito à reprodução em sentido lato.

³⁶ Devendo ressaltar-se que o acesso aos meios pode não ser absoluto. Isto é, no caso da reprodução mediante o auxílio das técnicas de PMA depende da posição adotada pelo ordenamento jurídico em causa.

³⁷ Forçar a prática de qualquer destes meios é considerado uma violação de um direito reprodutivo, além de possíveis sanções penais.

liar, o direito de acesso a serviços de saúde para tratamento e acompanhamento da gestação e do pós-parto, o direito ao tratamento eventuais dificuldades verificadas no processo de reprodução combatendo problemas de infertilidade e auxílio ao processo reprodutivo através do recurso às técnicas de PMA, entre outras³⁸.

Os direitos reprodutivos são conferidos a qualquer indivíduo, homem ou mulher. No entanto, é frequente associar os direitos reprodutivos às questões relacionadas com os direitos das mulheres, a igualdade de género, a luta contra discriminação e violência sexual e psicológica. Esta ligação mais próxima com a mulher deriva da sua natural capacidade reprodutiva (a capacidade de gerar e dar à luz um filho) conferindo-lhe a devida proteção e acompanhamento nesse processo. De facto, razões de natureza biológica intrínsecas ao sexo feminino e características específicas femininas suscitam, por regra, uma maior preocupação com a saúde reprodutiva das mulheres³⁹. Daqui deriva a intrínseca ligação dos direitos reprodutivos a outros direitos humanos, por exemplo, o direito à proteção da vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito a constituir família, entre outros. O exercício pleno dos direitos reprodutivos e sexuais só é alcançado quando são garantidos os demais direitos⁴⁰. Por conseguinte, conforme referido anteriormente, o exercício pleno desses direitos implicará, por um lado, o respeito por outros direitos fundamentais (do próprio e de terceiro) e o inverso, ou seja, no exercício dos demais direitos também deve ser respeitado este direito humano. Por outro lado, o exercício dos direitos reprodutivos poderá ser restringido quando estejam em causa outros direitos fundamentais (nos termos do art. 18.º da CRP). Temos assistido a justificações de restrição dos direitos das mulheres, incluindo dos direitos reprodutivos, com base em padrões e tradições culturais e religiosas. Não nos parece que tal restrição possa ser analisada e justificada - tão-só- à luz desses padrões. Referia-se que já na Conferência de Viena, mencionada *supra*, se reconheceu a necessidade de respeito pelas tradições culturais, históricas e religiosas de cada Estado/povo. Todavia, tais tradições não afastam ou desoneram a obrigação dos Estados promoverem e assegurarem os direitos humanos⁴¹, em particular aqueles que são afetados negativamente pelo exercício de tais tradições ou costumes. Assim, a partir do momento que consideramos os direitos reprodutivos como direitos humanos é necessário respeitar as suas características de universalidade, indivisibilidade e interdisciplinaridade.

Os direitos reprodutivos podem implicar o direito à saúde sexual, mas o inverso não acontece. Torna-se importante, portanto, distinguir saúde repro-

³⁸ Sobre a evolução da saúde sexual e reprodutiva em Portugal, cf Vilar, *supra* n 32, 14-24.

³⁹ Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres, *supra* n 15, 16 e Raposo, *supra* n 3, 124-5.

⁴⁰ Vilar, *supra* n 32, 8.

⁴¹ Moreira/Gomes, *supra* n 10, 207

dutiva (e direitos reprodutivos) de saúde sexual (e direitos sexuais). Apesar de os conceitos estarem interrelacionados e, não raras vezes, são utilizados como sinónimos, referem-se a aspetos distintos⁴², ora vejamos.

A saúde sexual é definida pela ONU como uma forma de “intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis”. Em 1978, a OMS definiu saúde sexual como sendo a “integração somática, emocional, intelectual e aspetos sociais do bem-estar sexual, de forma que estes sejam positivamente enriquecedores e realçam a personalidade, comunicação e amor”. Ora, o processo de procriação humana implica a prática de um ato sexual (um direito sexual), com ressalva dos casos de procriação mediante o apoio a técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) e, eventualmente, o caso da gestação de substituição. Pelo contrário, os direitos sexuais não pressupõem, necessariamente, o exercício de direitos reprodutivos. Da noção de saúde reprodutiva retirámos que os indivíduos têm direito a uma vida sexual segura e satisfatória, ou seja, para concretizarem os seus direitos reprodutivos têm direito ao exercício de direitos sexuais (a saúde reprodutiva incorpora a saúde sexual). Pelo contrário, todo o indivíduo terá direito a uma vida sexual segura e satisfatória sem necessidade de preocupação (nem implicações) com as questões de reprodução e as doenças sexualmente transmissíveis, ou seja, terá direito à saúde sexual⁴³. Referia-se ainda que do parágrafo 7.3 do Relatório de Cairo resulta (direta e indiretamente) o conteúdo dos direitos reprodutivos e a sua interligação com outros direitos humanos⁴⁴: o direito a constituir família, o direito de procriar e ao planeamento familiar (decidir ter filhos, quantos filhos, a diferença de idade entre os filhos ou o direito a prevenir uma gravidez e respetivo acesso a informação e métodos contraceptivos), o direito aos cuidados e tratamentos durante a fase de gestação (cuidados pré-natais), durante o parto e pós-parto, o direito à saúde sexual, o direito à prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, o direito à não discriminação, o direito de autonomia da vontade e de liberdade de disposição sobre o próprio corpo na esfera reprodutiva, o direito à integridade física/psicológica, o direito à reserva da intimidade da vida privada entre outros. Os direitos sexuais abrangem o direito à autonomia e liberdade individual, o direito à sexualidade com prazer, o bem-estar sexual, o respeito mútuo nas relações interpessoais⁴⁵, o direito à privacidade/intimidade, o direito à não discriminação

⁴² Oliveira, *supra* n 2, 4.

⁴³ Vera Raposo entende que os direitos sexuais dividem-se numa vertente positiva (“livre disposição das potencialidades sexuais”) e numa vertente negativa (“direito a não ser envolvido em práticas sexuais contra a sua vontade”). Raposo, *supra* n 3, 123

⁴⁴ Ao encontro daquilo que já referimos anteriormente.

⁴⁵ Oliveira, *supra* n 1, 6.

e igualdade de género, o direito à prevenção de atos de violência sexual, entre outros.

Por fim, não se pense que a violação de direitos reprodutivos no século XXI só ocorre em países menos desenvolvidos, nos países não ocidentais ou com culturas diferentes das vivenciadas na Europa. Na verdade, na Europa assistimos à violação e desigualdade dos direitos reprodutivos e sexuais. É certo que os problemas e violações podem não ser os mesmos, ou nas mesmas proporções e dimensões, de outros países não europeus⁴⁶. Contudo, a verdade é que o sonho da igualdade e do pleno exercício dos direitos reprodutivos não é ainda uma realidade como consagram os diversos textos internacionais e almejam as diversas instituições. No Relatório do Conselho da Europa, do final de 2017, realçou-se que os direitos reprodutivos são direitos humanos, chamando a atenção para o facto de na Europa estes direitos ainda serem negados ou restringidos a muitas mulheres, reconduzindo-se a eventuais problemas de igualdade de género e discriminação. No Relatório são estabelecidas várias recomendações, para ajudar os países europeus a promover e assegurar o exercício dos direitos reprodutivos (por exemplo, acesso a contraceção, cuidados e assistência devida nos casos de aborto legal, acesso e cuidados na saúde materna, etc).

1.4 Os Direitos Reprodutivos à luz da Constituição da República Portuguesa

Partindo da elevação dos direitos reprodutivos à categoria de direitos humanos, importa perceber qual é o alcance que efetivamente têm na Constituição da República Portuguesa. A CRP não consagra numa norma isolada os direitos reprodutivos⁴⁷, pelo contrário, tais direitos resultam de várias disposições legais: do art. 1.º (princípio da dignidade da pessoa humana), do art. 26.º, n.º1 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), do art. 36.º (direito a constituir família)⁴⁸ e do art. 67.º, n.º 1, alínea e) (dever do legislador regulamentar a PMA). O facto de não existir uma norma específica sobre os direitos reprodutivos deve ser analisado, por um lado, numa perspetiva histórico-social e, por outro lado, face à natureza própria dos direitos fundamentais. Queremos dizer com isto o seguinte: a CRP foi aprovada em 1976, altura em que os direitos reprodutivos es-

⁴⁶ Destacam-se problemas como violência sexual, fundamentalismos e práticas ultraconservadoras, aborto ilegal, não acesso a cuidados de saúde básico, elevada taxa de mortalidade infantil, doenças sexualmente transmissíveis, não utilização de métodos contraceptivos, mutilação genital, infanticídio feminino, casamentos infantis, entre tanto outros.

⁴⁷ Em concreto o direito à reprodução (ter ou não ter filhos, quando, com quem...), pois como vimos *supra* os direitos reprodutivos contêm mais direitos do que o direito à reprodução em si mesmo.

⁴⁸ Cf. Raposo, *supra* n 3, 372.

tavam a dar os primeiros passos e longe de ter um valor constitucional, portanto, não é de estranhar a sua ausência expressa na CRP. Acresce ainda que o catálogo de direitos fundamentais é um catálogo aberto que pode sofrer alterações no tempo consoante a evolução dos valores de uma sociedade⁴⁹. Nesta medida, partilhando a posição de Vera Raposo, os direitos fundamentais não se resumem aos contemplados expressamente na CRP (poderiam resultar sempre de textos internacionais) e “mesmo quanto a esses, para além dos direitos textualmente definidos, há ainda que contar com o conteúdo que deles resulta, mesmo que não expresso no texto da norma”, sem ultrapassar “as barreiras ditas pelo seu teor textual”⁵⁰.

Começamos por nos focar no art. 36.º da CRP que consagra no seu n.º 1 o direito a “constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade”. Rui Medeiros refere que a configuração do art. 36.º da CRP revela uma “abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares do nosso tempo”⁵¹, demonstrando a adaptação da CRP à realidade dos dias atuais. Deste artigo decorre o exercício de direitos reprodutivos, nomeadamente, a liberdade de ter filhos (constituindo família) de forma natural, com recurso às técnicas de PMA ou através da adoção. Rui Medeiros entende que o art. 36.º contempla uma dimensão que se traduz num “direito fundamental a procriar”⁵². Para estes autores, o direito à reprodução ou procriação, resulta “da proteção constitucional da paternidade e maternidade (art. 68.º), do reconhecimento e preocupação da Constituição pela matéria da PMA, ao expressamente se consagrar um dever do Estado regular esta matéria nos termos do art. 67.º, n.º 2, alínea e) da CRP e da ligação com o art. 36.º, n.º4 da CRP que proíbe qualquer discriminações de filhos nascidos fora do casamento”⁵³. Quando o exercício dos direitos reprodutivos decorre de forma natural não se levantam grandes discussões, o mesmo não sucede quando o exercício implica recorrer a técnicas de PMA ou à gestação de substituição. Tem sido, tendencialmente, unânime a defesa da existência de um direito à reprodução com recurso às técnicas de PMA, que se consubstancia num DLG (auxiliado pelo art. 67.º, n.º1, alínea e) da CRP). Assim, os direitos reprodutivos constitucionalmente protegidos pressupõem que o Estado (e terceiros) não deve(m) interferir e proibir a liberdade reprodutiva⁵⁴. Todavia, a maioria da

⁴⁹ *Idem*, p. 371

⁵⁰ *Idem*, pp.371-72.

⁵¹ Medeiros, *supra* n 16, 814.

⁵² *Idem*, p. 813.

⁵³ D Coutinho, “A Constituição de Novas Famílias com Recurso à Gestação de Substituição face ao Direito a Constituir Família”, in I Portela, F Veiga e R Miranda (coords.), *Paradigmas do Direito Constitucional Atual* (Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, edição e-book, 2017) 172.

⁵⁴ Raposo, *supra* n 3, 375.

doutrina também concorda que esse direito tem limites inultrapassáveis. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que não há o direito a toda e qualquer tipo de procriação com recurso à PMA, porquanto qualquer técnica deverá garantir o respeito pela dignidade da pessoa humana⁵⁵. Tiago Duarte defende que o art. 36.º, n.º 1 não significa uma "via verde para a constituição de famílias a gosto e conveniência de cada um"⁵⁶. Fernando Araújo refere que os limites ao direito de procriar não se reconduzem-se apenas à reprodução mediante PMA, mas também nos casos do exercício deste direito por portadoras de doença genéticas ou contagiosas graves, dos incapazes, dos menores, entre outros⁵⁷. Também Rui Medeiros reconhece que o direito à reprodução tem limites⁵⁸. Concordamos que os direitos reprodutivos têm limites, designadamente, outros princípios constitucionais e, em particular, o princípio da proporcionalidade⁵⁹.

Além disso, tem-se entendido que o Estado não tem o dever de garantir o efetivo exercício dos direitos reprodutivos. Como bem refere Vera Raposo, "na ausência de uma capacidade inata de procriar, atribuir ao Estado a obrigação de, a qualquer custo, garantir essa possibilidade, seria colocar sobre este um ónus demasiado pesado"⁶⁰. Por um lado, no caso do direito à reprodução por via natural não se pode impor qualquer prestação a terceiro e ao Estado: "não se pode forçar alguém a procriar connosco, nem tão pouco pedir ao Estado que nos arranje um parceiro sexual"⁶¹. Trata-se do exercício dos direitos reprodutivos enquanto liberdade reprodutiva, uma dimensão negativa que se limita à não interferência do Estado e terceiros⁶². Por outro lado, no caso da reprodução assistida pode impor-se ao Estado uma prestação, nomeadamente, a de regulamentar as técnicas de PMA (art. 67.º, n.º 1, alínea e). No entanto, conforme referido *supra*, apesar de se reconhecer o direito à reprodução mediante as técnicas de PMA existem também limites. Além dos referidos, pense-se nas exigências de razões de saúde sérias para se recorrer a estas técnicas, nos limites que existem à procriação heteróloga ou ao recurso do DGPI, entre tantos outros: o recurso apenas se realiza mediante verificação de certos requisitos e limites legais. Assim, a maioria da

⁵⁵ JJ Canotilho/V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (Coimbra Editora, 4.ª edição, 2007), 869-70.

⁵⁶ T Duarte, *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei* (Almedina, 2003), 36 -7.

⁵⁷ F Araújo, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida* (Almedina, 1.ª edição, 1999), 19- 21.

⁵⁸ Medeiros, *supra* n 16, 814.

⁵⁹ Coutinho, *supra* n 52, 170-76.

⁶⁰ Raposo, *supra* n 3, 375.

⁶¹ *Idem*, 177

⁶² *Idem, ibidem*.

doutrina não entende os direitos reprodutivos como um DESC (no caso, direitos sociais). Como vimos *supra*, tem-se entendido o direito à reprodução como uma liberdade, sem qualquer prestação positiva que se impõe ao Estado. É certo que a conexão dos direitos reprodutivos com o direito à saúde, designadamente, à saúde reprodutiva faz suscitar este debate⁶³. No entanto, não se pode impor economicamente ao Estado “o encargo de garantir ao indivíduo que este possa procriar a qualquer custo”⁶⁴, a única prestação positiva que se pode exigir é a de regular as técnicas de PMA, conforme vimos⁶⁵.

2. A Gestação de Substituição

2.1 Considerações gerais

A reprodução através da gestação de substituição não é um fenómeno recente ou uma problemática nova⁶⁶, porém está longe de ser um tema consensual e passível de uniformização. Na verdade, como refere Vera Raposo, podemos encontrar referências em textos antigos, nomeadamente, na Bíblia⁶⁷, no Código de Hamurabi⁶⁸ e na ficção cinematográfica e televisiva. Vulgarmente conhecida como barriga de aluguer ou maternidade de substituição⁶⁹, a gestação de substituição é um tema bastante controverso pelas inerentes problemáticas e divergências do foro ético, jurídico e moral. Assistimos a um tratamento e prática diferenciada nos diversos ordenamentos jurídicos: da proibição a práticas liberais e sem limites, da comercialização à natureza gratuita, do turismo reprodutivo à condenação deste método de reprodução. No nosso artigo, vamos focar-nos na gestação de substituição no contexto nacional e europeu.

Em termos gerais, a gestação de substituição compreende “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres

⁶³ *Idem*, 184.

⁶⁴ *Idem*, 376.

⁶⁵ A discussão não é pacífica, pois se se entender que a reprodução integra o conceito de saúde reprodutiva *de per se* poderá ser encarado como um direito social. Para mais desenvolvimentos sobre o tema crf. *Idem*, 183-192.

⁶⁶ V Raposo, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição* (Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005) 9.

⁶⁷ A história bíblica de Sara, Abraão e Hagar (Gênesis 16) e a história de Raquel, esposa de Jacó (Gênesis 30).

⁶⁸ Raposo, *supra* n 65, 9.

⁶⁹ Optamos por utilizar a designação gestação de substituição pois é a expressão acolhida na nossa lei.

próprios da maternidade" (n.º 1 do art. 8.º da lei da PMA). A definição acolhida pela legislação portuguesa elucida-nos sobre a noção de gestação de substituição e permite-nos dissociá-la das técnicas de PMA. Enquanto as técnicas de PMA têm como principal objetivo auxiliar o processo de reprodução (na fase pré-concepcional, concepcional e da transferência embrionário, em geral), permitindo que pessoas com dificuldades naturais em engravidar (ou por outros motivos) consigam levar uma gravidez adiante, a gestação de substituição não é uma técnica de PMA. Neste último caso, temos uma outra forma de reprodução humana na qual uma mulher se compromete a gerar uma criança que vai entregar no final da gravidez. A gestação de substituição para se concretizar implicará o recurso a uma técnica de PMA, porém tal recurso não é necessariamente obrigatório. Passamos a explicar: nos países em que a gestação de substituição é legalmente aceite (independentemente de ser a título gratuito ou oneroso) a gestação de substituição é concretizada mediante a prática de uma técnica de PMA que auxilia o processo de concepção e transferência embrionária dos materiais genéticos dos beneficiários (ou de eventual dador⁷⁰). Todavia, tal não é necessariamente condição para a concretização da gestação de substituição. Pense-se nos casos "caseiros" de gestação de substituição que já ocorriam antes das técnicas de PMA ou que ainda existem atendendo a proibições legais de acesso à gestação de substituição, custos de acesso, etc. São vários os relatos de casais homossexuais que recorrem às técnicas "caseiras" para gerar um filho ou dos vários casos de turismo reprodutivo, conforme melhor veremos *infra*.

Considerando a noção de gestação de substituição, referida *supra*, é preciso esclarecer que a mesma se pode desdobrar em vários modelos atendendo à sua natureza, requisitos ou pressupostos de admissibilidade. Assim, a natureza da gestação de substituição varia entre a onerosidade (pressupõe o pagamento à gestante e/ou a uma clínica/agência) e a gratuidade (total ou parcial). As razões para recorrer à gestação são as mais diversas, desde os problemas de infertilidade, doença grave ou outro problema que impossibilita de forma absoluta suportar uma gestação até bom termo, a impossibilidade natural/biológica (no caso dos casais homossexuais ou de solteiros) e outras razões (motivos profissionais, morosidade dos processos de adoção, desejo do filho biológico, motivos estéticos, o desejo de não passar pelo processo da gravidez e parto, entre outras). A gestação poderá ocorrer com recurso obrigatório a material genético dos beneficiários ou de pelo menos um dos beneficiários (e o restante de um dador de óvulos ou esperma) ou ainda a utilização de material genético da própria gestante. A regulamentação da gestação de substituição não é consensual, *inclusive* em muitos Estados é omissa, mas alguns Estados optam por regular a gestação de

⁷⁰ E porventura da gestante nos países em que tal é admitido.

substituição (proibindo ou estabelecendo as condições em que é admitido, assim como o processo e as devidas consequências legais de uma eventual violação).

Podemos, assim, depreender que o elemento comum a qualquer gestação de substituição, independentemente do país onde é praticada, reside no facto de uma mulher se comprometer a suportar uma gravidez por conta de outrem (mediante entrega de um preço ou não; utilizando material genético da gestante ou não) e a entregar a criança no final do processo de gestação, renunciando a quaisquer direitos e deveres parentais (mesmo neste caso há variações entre os ordenamentos jurídicos, conforme veremos *infra*). Os demais elementos (natureza, condições, requisitos de admissibilidade, consequências jurídicas, etc) variam de ordem jurídica para ordem jurídica.

2.2 Em Portugal

Há mais de 10 anos, com a entrada em vigor da lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁷¹, foi criado o regime da PMA⁷². Esta lei proibia expressamente, no art. 8.º, o recurso à “maternidade de substituição” e sancionava com nulidade a prática de qualquer (gratuito ou oneroso) negócio jurídico de maternidade de substituição (n.º 1 do art. 8.º). Para efeitos de estabelecimento da filiação, no caso de incumprimento legal, considerava-se que a gestante seria considerada a mãe da criança que viesse a nascer (n.º 3 do art. 8.º). Em 2016 assistimos a duas alterações significativas. Em primeiro lugar, em Maio de 2016, foi aprovada a lei n.º 17/2016, de 20/06 que alargou o acesso às técnicas de PMA a casais de mulheres e a todas as mulheres “independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual” (n.º 1 do art. 6.º da lei da PMA)⁷³. Até então os beneficiários das técnicas de PMA eram apenas os casais heterossexuais, cujo diagnóstico de infertilidade ou o tratamento de doença ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outra, obstava à reprodução natural. Em segundo lugar, na mesma data, foi vetada pelo Presidente da República a lei que passaria a admitir a gestação de substituição. O Presidente Marcelo Rebelo de Sousa entendeu que a lei precisava de alterações. Três meses depois, em finais de Agosto de 2016, entrou em vigor a lei n.º 25/2016, que modificou o art. 8.º da lei n.º 32/2006, passando a admitir o acesso à gestação de substituição⁷⁴.

⁷¹ Doravante designado por lei da PMA ou lei n.º32/2006.

⁷² A lei continua em vigor com as alterações introduzidas pela lei n.º59/2007, de 04/09; lei n.º 17/2016, de 20/06 e lei n.º 25/2006, de 22/08.

⁷³ O carácter subsidiário das técnicas de PMA, consagrado no art. 4.º da Lei da PMA, não tem aplicabilidade em relação às beneficiárias mulheres solteiras ou casais de mulheres, porquanto independentemente de problemas de infertilidade estas mulheres podem recorrer à PMA heteróloga (necessitam do material genético de dador de sexo masculino).

⁷⁴ Analisaremos o consagrado na lei até à decisão do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º225/2018.

Começando pela alteração da nomenclatura passamos de “maternidade” para “gestação” de substituição, o que resultou da intenção de dissociar a maternidade do processo de gestação através deste método, afastando da gestante qualquer conotação de “mãe” e das respetivas consequências, direitos e deveres que tal estatuto acarreta. Pois, com a alteração legislativa, a gestante não era considerada mãe da criança que viesse a nascer: a filiação seria estabelecida em relação aos beneficiários (n.º 7 do art. 8.º da Lei da PMA). Com ressalva da alteração terminológica, a noção de gestação de substituição manteve-se (n.º 1 do art. 8.º da Lei da PMA). As condições de admissibilidade são restritas e excecionais. Assim, de acordo com o n.º 2 do art. 8.º da lei da PMA as razões abrangem, unicamente, “os casos de ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”. Portanto, apenas se pode recorrer por motivos de saúde que impossibilitam uma gravidez natural ou com recurso às técnicas de PMA. O modelo português de gestação de substituição exige obrigatoriamente que o contrato seja celebrado a título gratuito, com ressalva do pagamento das despesas decorrentes do acompanhamento médico (cfr. n.º 2 e n.º 5 da lei da PMA). Além disso, não pode existir qualquer relação de subordinação jurídica ou económica entre as partes (n.º 6), é obrigatório a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários e proibido a utilização, em qualquer circunstância, de material genético da gestante (n.º 3 do art. 8.º da referida lei)⁷⁵. A gestação de substituição obedece ao cumprimento de um procedimento prévio, nomeadamente, a obtenção de uma autorização do Conselho Nacional de PMA (CNPMA), cuja regulamentação ficou definida no decreto-regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. O regime da lei da PMA é aplicável, com as devidas adaptações, à gestação de substituição (n.º 2, do art. 2.º da lei), por exemplo, em matéria de direitos e deveres dos beneficiários (arts. 12.º e 13.º), consentimento (art. 14.º), confidencialidade (art. 15.º), entre outros.

Quanto aos beneficiários da gestação de substituição gerou-se a dúvida sobre quem podia recorrer. Por um lado, face à alteração legislativa à lei da PMA que permitiu o acesso às técnicas de PMA a mais beneficiários (casais de mulheres e mulheres solteiras). Por outro lado, a redação do novo art. 8.º ao estabelecer a utilização de gâmetas de pelo menos um dos beneficiários hipoteticamente permitiria que mulheres solteiras pudessem contribuir com os seus ovócitos. Contudo, a lei fala em beneficiários (plural), sendo necessário a conjugação do art.º 8 com o art. 6.º da Lei da PMA, pois como a lei exige a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários (e fala em beneficiários) só podem recorrer à gestação de substituição casais heterossexuais ou casais de mulheres.

⁷⁵ É proibida a chamada gestação de substituição genética.

Assim, são excluídas do acesso as mulheres solteiras (que podem aceder às técnicas de PMA), os homens solteiros ou os casais de homens.

Após a regulamentação da lei da gestação de substituição surgiu o primeiro pedido de recurso a este modo de reprodução, o qual foi feito por beneficiários portugueses e a gestante era a mãe da beneficiária (futura avó da criança). As alterações legislativas em Portugal suscitaram o interesse além-fronteiras: diversos casais estrangeiros, destacando-se os de nacionalidade espanhola, começaram a procurar Portugal com o único interesse de se inscreverem no procedimento, uma vez que o decreto-regulamentar não limitou o acesso aos cidadãos nacionais. Portanto, quer os beneficiários quer a gestante podiam ter nacionalidade estrangeira, desde que cumprissem os requisitos legais.

Acontece, porém, que a admissão (e respetiva regulamentação) da gestação de substituição no ordenamento português não foi pacífica e isenta de críticas. Várias vezes se ergueram contra a alteração legislativa e/ou atacaram a incompletude e lacunas da regulamentação. As manifestações contra a lei da gestação de substituição culminaram com apresentação à Assembleia da República, por um grupo de deputados, de um pedido de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de alguns preceitos da lei da PMA⁷⁶. Os deputados argumentaram⁷⁷ que o modelo português de gestação de substituição violava o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; o dever do Estado de proteção da infância, o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade. Na sequência deste pedido o Tribunal Constitucional, em final de abril de 2018, proferiu o acórdão n.º 225/2018⁷⁸. Muito resumidamente,⁷⁹ indicamos *infra* os principais pontos da decisão do Tribunal Constitucional. O TC considerou que o modelo português de gestação de substituição, só por si, não viola a dignidade da pessoa humana, nem tão-pouco o dever do Estado de proteção à infância. O TC considerou que o “problema” do modelo de gestação de substituição português está em certas soluções adotadas na concretização legislativa. Nessa medida, o TC pronunciou no sentido da inconstitucionalidade de algumas normas da lei, mas sem efeitos retroativos em relação aos processos terapêuticos de contratos já em execução (com exceção da inconstitucionalidade invocada quanto ao regime

⁷⁶ Diretamente relacionado com a gestação de substituição: art. 8.º, n.º1 a n.º 12; art. 2.º, n.º, 2; art. 3.º, n.º1; art. 5.º, n.º1; art. 14.º, n.º 5 e 6; art. 15.º, n.º1 e 5; art. 16.º, n.º1; art. 30.º, alínea p; art. 34.º; art. 39.º e art. 44.º, n.º1, alínea b).

⁷⁷ Os deputados pediram ainda a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 15.º e do art. 20.º da lei da PMA.

⁷⁸ O Acórdão do TC n.º 225/2018 foi publicado em Diário da República, n.º 87/2018, Serie I de 7 de Maio de 2018. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>, consultado em 8 de maio de 2018.

⁷⁹ O presente artigo não nos permite uma análise exaustiva da decisão do TC, remetendo para uma melhor análise em futuros estudos.

da nulidade previsto no n.º 12 do artigo 8.º). Foram três os principais argumentos do TC: a excessiva indeterminação da lei (caso dos n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º), a ausência do direito ao arrependimento da gestante (restringida à possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA) e a ausência de concretização do regime de nulidade do contrato de gestação de substituição (n.º 12 do art. 8.º, pois a lei não faz distinção entre os efeitos de um contrato válido e de um contrato nulo)⁸⁰. Portanto, após o Acórdão do TC, o recurso à gestação de substituição ficou suspenso, ficando-se aguardar pelas alterações legislativas. Somos a crer que a ligação familiar ou próxima entre a gestante e os beneficiários (por exemplo, uma amiga chegada) deveria ser considerado requisito de recurso a este método, porquanto parece ser a relação que melhor representa o tal ato de ajuda, o altruísmo da gestante em gerar um filho que não será seu. Esta gestante saberia as dificuldades pelas quais os beneficiários passaram para ter o filho desejado, estaria mais próxima da realidade daquela família e com menor probabilidade de querer lucrar com o seu ato. É certo que também no seio de ligações familiares próximos podem existir os riscos de pagamentos ou interesses meramente negociais para alguém se oferecer como gestante, mas num panorama geral de prós e contras entre a ligação próxima com a gestante e uma ligação mais afastada (ou sem qualquer ligação) o que será melhor? Devem, pelo contrário, os laços entre a gestante e os beneficiários serem os mínimos possíveis? A regulamentação do modelo português, atualmente suspensa, estabelecia o contato reduzido ao mínimo possível, com exceção dos casos em que a gestante (uma avó, uma prima, uma irmã, etc) tivessem laços familiares (ou de amizade, por exemplo, uma amiga) que justifiquem essa proximidade. Nos restantes casos, recomenda-se que o contacto fosse reduzido por forma a diminuir (ou evitar) os riscos de danos psicológicos, emocionais.

Ora, a alteração legislativa que se esperava após a decisão do TC surgiu em 2019, mas sem sucesso. Vejamos, no Verão de 2019 foi aprovado o Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República⁸¹ que procederia à sétima alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em concreto introduzindo alterações ao regime da gestação de substituição. Porém, este decreto não consagrava o direito de arrependimento da gestante contrariamente à posição manifestada pelo Tribunal

⁸⁰ De referir ainda a declaração de inconstitucionalidade quanto ao direito ao anonimato dos dados e da gestante de substituição (posição diferente do Acórdão n.º 101/2009 do TC). Os juízes do TC consideraram que o anonimato restringe em demasia o direito à identidade e ao livre desenvolvimento da criança nascida por qualquer técnica de PMA heteróloga ou com recurso à gestação de substituição.

⁸¹ Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c-324679595842774f6a63334e7a637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a-5353396b5a574d7a4f444d7457456c4a5353356b62324d3d&fich=dec383-XIII.doc&Inline=true>, consultado em 29.10.2019.

Constitucional no acórdão n.º 225/2018, mantendo-se a revogação do consentimento prestado pela gestante até ao início dos processos terapêuticos e a filiação continuava a ser estabelecida em relação aos beneficiários. Tal circunstância motivou novo veto do Presidente da República, que enviou para o Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de duas normas constantes do artigo 2.º do referido decreto. Na sequência de tal pedido, o Tribunal Constitucional proferiu o Acórdão n.º 465/2019⁸². Em concreto, o TC pronunciou-se “pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República: a) na parte em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência, b) na parte em que, através do aditamento do n.º 15, alínea j), ao artigo 8.º da citada Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada em a)”⁸³. Por conseguinte, na presente data, continua suspenso o acesso à gestação de substituição aguardando-se nova proposta e respetiva alteração legislativa.

2.3 A Gestação de Substituição no contexto europeu

Os países europeus⁸⁴ têm posições distintas sobre a gestação de substituição. Os argumentos dos Estados contra a gestação de substituição variam entre considerarem uma prática atentatória da dignidade da pessoa humana (em particular, da gestante e da criança), a condição de exploração e vulnerabilidade da mulher, o risco de comércio e tráfico humano, questões ético-morais, entre outros⁸⁵. Os argumentos a favor variam entre o direito à liberdade de disposição sobre o próprio corpo e autonomia pessoal, o direito a constituir família, o di-

⁸² DIÁRIO DA REPÚBLICA, 1.ª série, N.º 201, 18 de outubro de 2019, pp. 119-137, <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/125468550/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>, 29. 10.2019.

⁸³ Idem, p. 117.

⁸⁴ Quer no contexto da União Europeia, quer no entendimento do continente europeu.

⁸⁵ Para um maior desenvolvimento, Raposo, *supra* n 62, 47-63.

reito ao livre desenvolvimento da personalidade, entre outros⁸⁶. Assim, o cenário europeu da gestação de substituição é muito diverso: da prática clandestina (clínicas ilegais) às clínicas legais, dos processos morosos a custos elevadíssimos, dos contratos onerosos à obrigatoriedade de contratos gratuitos, diferentes formas de estabelecimento da filiação, etc. Cada vez mais assiste-se à deslocação de muitos casais (ou solteiros) dos países onde a prática é proibida ou admitida em termos restritos (país de origem) para os países onde a prática é admitida (país de destino): o chamado turismo reprodutivo. A procura transfronteiriça deste método de reprodução abre o debate sobre a cidadania e estabelecimento da filiação da criança nascida através da gestação de substituição e os direitos parentais dos beneficiários e da gestante. Releva-se extremamente importante a necessidade de garantir o superior interesse da criança e protege-las contra práticas ilícitas, algumas das quais podem conduzir ao tráfico humano⁸⁷.

Alguns países proíbem, por força de lei⁸⁸, a gestação de substituição, tais como, a Espanha, a França, a Alemanha, a Áustria, a Itália, a Suíça, a Suécia, a Bulgária, a Croácia, a Dinamarca, a Noruega e Malta. Outros países autorizam (com ou sem restrições), por exemplo, Portugal, o Reino Unido, a República da Irlanda, a Grécia, a Ucrânia ou a Rússia⁸⁹. Nos demais Estados a legislação não expressa uma abordagem clara (nem proíbem nem admite expressamente) ou simplesmente existe um vazio legal. Vejamos, em específico, alguns desses ordenamentos.

Em Espanha quando foi aprovada a lei n.º 35/1988, de 22 de novembro sobre as técnicas de PMA nada se regulamentou sobre a gestação de substituição. Apesar de não estar expressamente proibida, o entendimento geral era no sentido da proibição, pois do art. 10.º, n.º2 da lei retirava-se que a filiação se determinava pelo parto, logo, a gestante seria sempre considerada a mãe, o que se coadunava com o art. 39.º, n.º2 da Constituição espanhola e com o art. 110.º do Código Civil Espanhol. Encontra-se em vigor a lei n.º 14/2006, de 26 de maio, que expressamente (no art. 10.º) refere que é nulo qualquer contrato de gestação de substituição, proibindo a sua prática e punido criminalmente nos termos do art. 221.º do Código Penal Espanhol. Todavia, tem sido muito discutido a admissibilidade da gestação de substituição, foram apresentadas várias propostas de lei, apesar de surgirem vozes (associações ou grupos) contra.

⁸⁶ *Idem*, 63-89.

⁸⁷ *Idem*, 101.

⁸⁸ Direta ou indiretamente.

⁸⁹ Falamos do continente europeu e não apenas da União Europeia (UE). Na perspetiva da UE, Portugal foi o 3.º país a admitir a gestação de substituição, estabelecendo regras específicas (juntando-se à Grécia e ao Reino Unido, sendo que este último em breve saíra da UE).

A França proíbe expressamente desde 1994, após a entrada em vigor das leis bioéticas (lei 94-653 e a lei 94-654), considerando nulo o contrato celebrado (art. 16-7 do Código Civil francês) e punindo criminalmente (art. 227-12, primeiro parágrafo). Em setembro de 2019 foram aprovadas alterações ao regime da procriação medicamente assistida, por exemplo, alargado o acesso das técnicas a todas as mulheres, porém a gestação de substituição continua a ser proibida. Várias questões sobre gestação de substituição têm chegado aos tribunais franceses⁹⁰, sobretudo relacionadas com o estabelecimento e reconhecimento da filiação em relação a casais beneficiários que recorrem à gestação de substituição no estrangeiro e que, conforme veremos *infra*, representam os casos mais comuns nos tribunais dos países que proíbem a gestação de substituição.

Na Alemanha é proibida por força da Lei de Proteção de Embriões de 1990⁹¹. Esta lei refere que “nenhum médico poderá levar a cabo uma inseminação artificial ou doação de embriões quando a mulher pretende entregar a criança a outra pessoa e renunciar aos seus direitos parentais”⁹². No entanto, no caso de se concretizar a gestação de substituição apenas estão previstas sanções penais para quem realiza a intervenção e implante o embrião na gestante⁹³. A proibição resulta ainda do Código Civil alemão (determina a nulidade do contrato de gestação de substituição e estabelece a determinação da maternidade com base no facto do nascimento e regras determinação da paternidade) e da Lei Alemã da Adoção (que proíbe a mediação de acordos de gestação e pune criminalmente os seus mediadores).

Em Itália é proibida e criminalizada pelo Código Deontológico dos Médicos (1995) e pela lei n.º 40, de 19/02 de 2004⁹⁴ (que regula a reprodução assistida) nos termos do seu art. 12.º n.º 6.

Na Grécia é permitida e regulada expressamente no código civil grego (cfr. 1458.º código civil grego) e artigo 13.º da lei n.º 3305/2005. A gestação de substituição é permitida desde que haja uma autorização judicial prévia para que os ovócitos da beneficiária sejam colocados no útero da gestante, ou seja, uma decisão que aprecie os requisitos legais de validade do contrato. Só é admitida a título gratuito, são proibidos os contratos onerosos e sancionando-os criminalmente. O acesso limita-se aos casais heterossexuais e mulheres solteiras (nos casos em que a beneficiária apresente impossibilidade de gerar ou realizar

⁹⁰ O ordenamento jurídico francês é omissivo quanto à determinação da filiação das crianças nascidas através da gestação de substituição. Os casos jurisprudenciais mais conhecidos são os casos *Menesson, Labasse, Foulon e Bouvet*, que veremos melhor *infra*.

⁹¹ Embryonenschutzgesetz

⁹² Raposo, *supra* n 65, 104.

⁹³ *Idem, ibidem*.

⁹⁴ Legge 19 febbraio 2004

o parto) e é obrigatório a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários (proibindo-se a gestação de substituição genética). Além disso, é exigido que os beneficiários tenham nacionalidade grega ou residam no país, pretendendo-se com isso evitar as práticas de turismo reprodutivo⁹⁵. Nos casos dos contratos validamente celebrados a filiação é estabelecida em relação aos beneficiários: vigora a presunção de que a beneficiária (que obteve a autorização judicial) é a mãe. Trata-se de uma presunção ilidível, pois pode ser afastada pela gestante ou pela beneficiária no prazo de 6 meses após o nascimento, se provarem que a criança foi concebida com material genético da gestante. Nesse caso, a filiação constituir-se-á em favor desta última. Os contratos que não cumprem estes requisitos são nulos e a filiação é constituída em favor da gestante nos termos gerais do Código civil grego.

No Reino Unido é permitida somente a título gratuito⁹⁶ (sem compensações financeiras, os contratos onerosos são expressamente proibidos) e com carácter excepcional (apenas quando seja a única forma da mulher ter um filho)⁹⁷. Os requisitos (secção 54 do Human Fertilization and Embryology Act)⁹⁸ para recorrer à gestação de substituição são exigentes: o acesso é permitido a casais, homossexuais ou heterossexuais, que se encontrem casados (pelo civil) ou viviam em união de facto (excluem-se os solteiros); só pode ser utilizado material genético de pelo menos um dos beneficiários (não podem ser utilizados gâmetas da gestante) e exige-se o consentimento, livre e esclarecido dos beneficiários, da gestante e do seu marido (ou companheiro) após o nascimento da criança, mas nunca antes do prazo de 6 semanas após o nascimento. No Reino Unido vigora o direito ao arrependimento da gestante⁹⁹ e os contratos de gestação não são executáveis contra vontade das partes envolvidas. Assim, a gestante pode arrepender-se e não entregar a criança, ficando a cargo do tribunal decidir no superior interesse da criança. De facto, nos termos gerais, o estabelecimento da filiação é feito em relação à gestante (secção 33), vigorando o modelo de transferência judicial da parentalidade da criança após o nascimento da criança. Isto é, o vínculo de filiação é constituído pelo nascimento sendo a gestante considerada legalmente a mãe da criança e, nos seis meses após o nascimento da criança, os beneficiários têm que requerer junto do tribunal uma ordem de parentalidade

⁹⁵ Cf. *Acórdão n.º 225/2018*, 1905.

⁹⁶ O Surrogacy Arrangement Act de 1985 foi alterado pelo Human Fertilisation and Embryology Act de 1990.

⁹⁷ Raposo, *supra* n 65, 102.

⁹⁸ Desde 1985, com a entrada em vigor da Surrogacy Arrangements Act, o Reino Unido admitiu o recurso à gestação de substituição. Atualmente, a regulamentação desta temática encontra-se no diploma referido no corpo do texto.

⁹⁹ Consagrando o princípio da liberdade contratual e autonomia da vontade.

(*parental order*). Cumprindo os requisitos legais¹⁰⁰, a decisão judicial determinará a transferência da parentalidade para os beneficiários em detrimento da gestante.

Na Rússia é permitida a qualquer título e encontrando-se regulada pelas cláusulas 77-83 do Despacho de Saúde da Rússia n.º107 datado de 30.08.2012. Entre as causas admitidas para se recorrer estão, por exemplo, doenças e patologias uterinas e falhas repetidas de tentativas de fertilização *in vitro*. Na Ucrânia é expressamente permitida a título gratuito e não é expressamente proibida nem proibida a título oneroso. O acesso é permitido somente a casais unidos pelo matrimónio¹⁰¹, os beneficiários são considerados os pais biológicos desde o momento da conceção e constam da certidão de nascimento sem qualquer menção à gestante de substituição. A regulamentação legal é feita pelo Código de Família Ucrâniano (art.123.º), pelo Código Civil Ucrâniano (art. 281.º) e pela ordem do Ministério da Saúde da Ucrânia n.º 771 de 23 de Dezembro de 2003“ em aprovação do despacho sobre o uso de tecnologias reprodutivas na Ucrânia”, registrado no Ministério da Justiça de Ucrânia 2 de outubro de 2013. A gestação de substituição exige a celebração de vários acordos: entre a gestante e os beneficiários, contrato com a instituição médica onde decorrerá o processo de fertilização e acompanhamento médico e a gestante e agências de substituição (se existir). A Ucrânia é um dos fortes destinos do turismo reprodutivo. As gestantes (jovens ucranianas) são atraídas pelas quantias elevadas e os beneficiários pelo reconhecimento e estabelecimento da filiação sem entraves.

2.4 Para onde caminha a Europa?

Será possível a harmonização das diferentes leis? Os estados europeus devem manter a diversidade ou devem tentar uma harmonização?¹⁰² O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) têm-se pronunciado sobre questões atinentes à gestação de substituição. Conforme referimos anteriormente, muitas das decisões que chegam aos tribunais nacionais e ao TEDH prendem-se com o estabelecimento e/ou reconhecimento da filiação em países cuja prática é proibida. Ora, estas decisões têm demonstrado que a diversidade de regulamentação da gestação de substituição não é um obstáculo. Aliás, em 2014, o TEDH, em duas decisões, reconheceu expressamente que um Estado tem o direito de

¹⁰⁰ Ser intentada dentro do prazo referido, existir uma comprovação judicial da inexistência de contrato de gestação a título oneroso, o consentimento válido da gestante e do seu cônjuge, a criança residir com o casal beneficiário no Reino Unido no momento em que o pedido é efetuado.

¹⁰¹ O código de família ucraniano presume que os pais biológicos da criança nascida por gestação de substituição são casados. O notário exige a certidão de casamento dos pais biológicos, traduzida, autenticada e reconhecida (pelo país do estado de origem).

¹⁰² N Hervieu, “Ser ‘mãe de aluguer’ na Europa”, in Euronews (2014). Disponível <http://pt.euronews.com/2014/10/31/ser-mae-de-aluguer-na-europa>, consultado em 20 de fevereiro de 2018.

proibir a gestação de substituição no seu território. O TEDH afirmou que impor a um Estado o reconhecimento da filiação nestas circunstâncias implicaria a violação do princípio da indisponibilidade do estado das pessoas¹⁰³. Porém, tal direito não inibe ou desonera os Estados de proteger os direitos da criança que tenha nascido através deste método, num país em que a prática era legal. Por esse motivo, o TEDH condenou a França a reconhecer os laços de filiação a crianças nascidas no estrangeiro através da gestação de substituição¹⁰⁴, prevalecendo o superior interesse da criança em detrimento da proibição legal da gestação de substituição. Nos casos franceses que chegaram ao TEDH, a França recusou-se a transcrever, no registo civil, a certidão de nascimento das gêmeas Menesson e da criança Labassee. Em ambos os casos, os casais beneficiários, cidadãos franceses, viajaram para os Estados Unidos – Califórnia e Minnesota – para recorrerem à gestação de substituição utilizando material genético de pelo menos um dos beneficiários¹⁰⁵, tendo obtido certidões de nascimento que reconheceram a filiação entre eles e as respetivas crianças. A França recusou o reconhecimento da filiação àquelas crianças porque considerava que tal significava aceitar a violação da legislação nacional (que proíbe a gestação de substituição) e, também, significava admitir e potenciar a diferença entre os pais que tem recursos financeiros para se deslocar ao estrangeiro e os que não tem (fomentando o turismo reprodutivo). Nos dois casos, depois dos casais tentarem em todas as instâncias judiciais obter o reconhecimento recorreram para o TEDH alegando discriminação e violação do direito a constituir família. O TEDH, conforme referido *supra*, entendeu que apesar de legítima a proibição da gestação de substituição pelo Estado francês deve prevalecer o superior interesse da criança, portanto, deve ser transcrito o registo de nascimento das crianças que nasceram no estrangeiro por um contrato que era válido no país estrangeiro (formal e substancialmente).

Sobre esta temática o TEDH também entendeu que um Estado pode não estabelecer filiação de uma criança nascida através da gestação de substituição, não reconhecendo como filha do casal, quando não existem laços biológicos/genéticos entre o casal e a criança. Esta posição surge expressa na Decisão do Pleno do TEDH de 24 de janeiro de 2017, no caso *Paradiso et Campanelli*¹⁰⁶ contra Itália. Neste caso, as autoridades italianas decidiram retirar, a um casal italiano, a custódia de uma criança nascida com recurso à gestação de substituição na Rús-

¹⁰³ Cf. Acórdão n.º 225/2018, 1904

¹⁰⁴ Falamos aqui apenas dos acórdãos no caso Menesson e Labassee de 26 de junho de 2014, mas existiram outros casos e decisões semelhantes julgadas pelo TEDH.

¹⁰⁵ Não utilizaram material genético da gestante.

¹⁰⁶ O acórdão suscitou o debate sobre o conceito de vida familiar, cf. M Pereira, “O conceito de vida familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a turismo reprodutivo e maternidade de substituição (A propósito da decisão do Tribunal Pleno de 24 de Janeiro de 2017, *Paradiso et Campanelli* c. Itálie, Queixa n.º 25358/12” (2017) in *Julgar*, n.º 32.

sia por considerarem que o casal violou as leis nacionais que proíbem o recurso a este método de reprodução. O TEDH entendeu que a decisão de retirar a criança ao casal foi a correta (e legítima), ocorreu dentro da competência dos Estados em julgarem a relação de filiação e também para salvaguarda da ordem pública¹⁰⁷. Neste caso, os beneficiários não tinham qualquer ligação genética com a criança, pois foi utilizado material genético da gestante e de um dador. De facto, muitas vezes, os Estados não reconhecem carácter executório aos contratos de gestação de substituição, pois tal violaria a ordem pública e constituiria um facto ilícito¹⁰⁸. A aceitação e regulamentação da gestação de substituição nos diversos Estados é influenciada por valores e princípios fundamentais de cada Estado (em particular do direito da família), em contraposição com o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual. A harmonização de um tema (ética e legalmente) tão controverso está longe de acontecer e temos dúvidas que venha acontecer.

A posição das instituições europeias (da União Europeia) é tendencialmente contra a gestação de substituição. Em 2015, o Parlamento Europeu condenou esta prática de reprodução por considerar que coloca em causa a dignidade da mulher, instrumentalizando o corpo e as funções reprodutivas, tratando-a como objeto de comércio e tornando-a vulnerável a abusos e aproveitamentos¹⁰⁹. Por seu turno, a Assembleia do Conselho da Europa, em Outubro de 2016, rejeitou uma proposta de recomendação sobre a gestação de substituição nos países da União Europeia (83 votos contra 77 a favor), por entender que a mesma permitia aceitar o recurso à gestação de substituição. Maud de Boer-Buquicchio, relatora da ONU, em março de 2018, lançou um apelo aos Estados para regular urgentemente a gestação de substituição¹¹⁰. Para Boer-Buquicchio, a prática a título oneroso equivale à comercialização (v.g.venda) de crianças, atentando contra os direitos humanos da criança e da gestante. Torna-se urgente proteger as crianças nascidas “através de uma gestação de substituição feita ao abrigo de acordos comerciais internacionais”, porquanto “apresentam um risco especial e devem ser protegidas pelos Estados”¹¹¹.

¹⁰⁷ O TEDH entendeu que o caso em questão não está inserido naquilo que define a categoria de “vida familiar” (art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

¹⁰⁸ Raposo, *supra* n 65, 101.

¹⁰⁹ Relatório sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia em 2015 (2016/2009(INI)), Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPOR-T+A8-2016-0345+0+DOC+XML+V0//PT>. Consultado em 20 de fevereiro de 2018.

¹¹⁰ Expresso, *ONU pede regulação urgente da gestação de substituição para evitar “venda de crianças”*. Disponível em <https://expresso.sapo.pt/sociedade/2018-03-06-ONU-pede-regulacao-urgente-da-gestacao-de-substituicao-para-evitar-venda-de-criancas>, consultado em 6 de março de 2018.

¹¹¹ *Idem, ibidem*.

2.5 A Gestação de Substituição é um Direito Reprodutivo?

Chegamos ao último ponto do nosso artigo, o momento em que pretendemos concluir se é possível uma articulação entre os direitos reprodutivos estudados no ponto 1 e a gestação de substituição analisada no ponto 2.

Admitindo que o modelo português de gestação de substituição não atenta contra a dignidade da pessoa humana (nem da gestante nem da criança), conforme decorre do acórdão do TC referido anteriormente, partimos para a análise da “eventual” articulação com os direitos reprodutivos. Assim, ao admitir-se a gestação de substituição a título gratuito, excecional e com cariz altruísta, parece-nos que não se pensa a reprodução (e por conseguinte a cidadania reprodutiva) enquanto trabalho ou contrato de cariz comercial e oneroso, mas sim enquanto ato de entreaajuda, solidariedade e altruísmo para quem não pode ter filhos de forma natural ou com o mero auxílio das técnicas de PMA. Veja-se que os juízes do TC consideram que a natureza gratuita é um elemento essencial para a validade do contrato de gestação de substituição, pois representa uma atuação livre e autónoma da gestante¹¹². Nesta medida, este modelo de gestação de substituição parece-nos aproximar-se mais da essência dos direitos reprodutivos entendidos como a liberdade de reprodução. Porém, será que tal é suficiente para considerar o recurso à gestação de substituição como um direito reprodutivo, nomeadamente, um direito à reprodução?

Como referimos *supra*, Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que não existe o direito a toda e qualquer forma de reprodução, nomeadamente, com recurso às técnicas de PMA, pois o acesso estará excluído quando essas formas atentam contra a dignidade humana. Ora, tendo como premissa a decisão do TC será que podemos concluir que a gestação de substituição constitui um direito à reprodução? Pois, se o entrave é a violação da dignidade humana (tal como acontece nas técnicas de PMA), se aceitarmos que este modelo não viola a dignidade poderíamos, *a contrario sensu*, considerá-lo como um direito reprodutivo. Todavia, este silogismo não está correto, porquanto faltam elementos nesta equação, nomeadamente, outros requisitos que fazem a diferença entre as meras técnicas de PMA e a gestação de substituição. Desde logo, ao passo que nas técnicas de PMA a gravidez ocorre no corpo da beneficiária, contrariamente, na gestação de substituição, ocorre no corpo de um 3.º elemento (a gestante). Como referimos no ponto 2, a gestação de substituição não é uma técnica de PMA, não obstante ser necessário recorrer a uma técnica para que se possa concretizar (na maior parte dos modelos, como é o caso português). Apesar do TC considerar que o modelo português tem uma “relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários que, por ra-

¹¹² Acórdão n.º 225/2018, 1908

zões de saúde, ficaram prejudicados¹¹³, admitindo o modelo e considerando que não atenta contra a dignidade humana, o mesmo tribunal considera que não há um direito constitucional de procriar recorrendo à gestação de substituição¹¹⁴. Para os juízes do TC, a gestação de substituição apenas “corresponde a uma opção do legislador que, além de não ser arbitrária, favorece bens constitucionalmente protegidos e, como tal, não deve ser afastada sem razões fortes¹¹⁵, mas não significa que haja um direito a constituir família e a procriar através deste método. O TC, seguindo a posição do Acórdão n.º 101/2009 que considerou que a procriação heteróloga não é constitucionalmente imposta, também não entende que o recurso à gestação de substituição possa ser constitucionalmente imposto¹¹⁶. Por um lado, atendendo que a concretização da gestação de substituição implica o recurso à PMA heteróloga, logo, se a última não é constitucionalmente imposta pela mesma razão também a primeira não o pode ser (o que não impede a consagração legal de ambas)¹¹⁷. Por outro lado, considera o TC que “a relativa novidade de tal prática e as incertezas quanto aos efeitos, de longo prazo, da sua utilização apontam igualmente no sentido desse instituto jurídico não dever ter-se por constitucionalmente imposto¹¹⁸”.

Vera Raposo considera que a gestante de substituição não pode invocar os direitos reprodutivos como forma de justificar a decisão de suportar uma gravidez por conta de outrem¹¹⁹. Para a autora, o direito à reprodução implica cumulativamente “a intenção de transmitir material genético e de estabelecer com a criança um laço jurídico de filiação, de forma a assumir os respetivos encargos¹²⁰. Se só se verificar o primeiro requisito está-se perante o direito a dispor sobre o próprio corpo¹²¹ (pensamos nos casos de doação de gâmetas e embriões e na gestação de substituição genética). Se só se verificar o segundo requisito está-se perante o direito a constituir família¹²² (pensamos no caso da adoção). Assim, no modelo português, que se encontra suspenso, a gestante de substituição não preenchia os requisitos: não podia fornecer o seu material genético e a

¹¹³ Nomeadamente, permitir a concretização de um projeto parental (o exercício do direito constituir uma família com filhos). *Idem*, 1910-11.

¹¹⁴ *Idem*, 1910-13

¹¹⁵ *Idem*, 1911

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*

¹¹⁹ Raposo, *supra* n 3, 162.

¹²⁰ *Idem, ibidem*.

¹²¹ *Idem, ibidem*.

¹²² *Idem, ibidem*.

filiação era constituída em relação aos beneficiários. Portanto, do ponto de vista da gestante o seu papel não se justificaria como sendo o exercício de um direito reprodutivo. Pelo contrário, os beneficiários preenchiam os requisitos: o material genético era de pelo menos um deles e tinham intenção de constituir família. O que não afasta, porém, o que referimos *supra* sobre constituir apenas uma "opção" do legislador permitir esta forma de reprodução. Nesta linha de pensamento, desconhecendo as alterações legislativas, mesmo que se venha a incluir o direito ao arrependimento por parte da gestante esta continuará a preencher apenas um dos requisitos do direito à reprodução: estará apenas em causa o direito a constituir família.

Assim, a doutrina e a jurisprudência têm manifestado uma posição que não contempla a gestação de substituição como um direito reprodutivo ou como um direito à reprodução constitucionalmente imposto.

Notas conclusivas

O reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos representa a luta de muitos anos pela liberdade e autonomia reprodutiva. Estes direitos partem da premissa que todo o ser humano tem direito a uma vida sexual saudável e plena, sem que para tal se tenha de reproduzir. A escolha pela reprodução deve ser livre, sem qualquer tipo de ameaça física ou psicológica e passa por uma decisão pessoal e consensual. Todos têm o direito a ter acesso a informação suficiente sobre a sua saúde reprodutiva e acesso aos serviços de saúde primários (por exemplo, para acesso ao planeamento familiar, acompanhamento da gravidez ou do pós-parto, etc).

O direito à reprodução pode ser exercido por via natural ou meio de acesso às técnicas de PMA. A doutrina e a jurisprudência têm manifestado uma posição que não contempla a gestação de substituição enquanto direito reprodutivo ou como um direito à reprodução constitucionalmente protegido.

CONTRATO DE GESTAÇÃO SUB-ROGADA: QUEM ASSUME A PARENTALIDADE EM CASO DE ARREPENDIMENTO?

Man Teng IONG¹

Resumo: A Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) regula a situação da gestação de substituição (ou gestação sub-rogada), que corresponde à expressão “barrigas de aluguer”. Essa lei prevê expressamente que a gestante de substituição pode revogar livremente o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. No entanto, o Tribunal Constitucional (TC) declarou inconstitucionais várias normas sobre a gestação de substituição, algumas das quais se relacionam com o período de arrependimento dado à gestante de substituição, uma vez que entendeu esse período muito limitado.

Com a inconstitucionalidade das normas supra referidas, este texto tem por objetivo discutir e resolver as questões seguintes: (1) Até quando deve terminar o período de arrependimento da gestante de substituição? (2) Em caso de arrependimento da gestante de substituição, e após assumir a maternidade, quem deve ser o pai da criança? (3) O período de arrependimento da gestante de substituição corresponde ao dos beneficiários? (4) Como se resolve caso os beneficiários não desejem a criança nascida ou que vier a nascer, após o momento até ao qual podem exercer o seu direito ao arrependimento, bem como caso os mesmos faleçam ao mesmo tempo ou sucessivamente após o mesmo momento?

¹ Assistente Eventual da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Investigador Júnior do Centro de Investigação em Justiça e Governação. Doutorando em Ciência Jurídica Privatística pela Universidade do Minho. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Macau. Licenciado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Correspondência: mantengiong@um.edu.mo

As resoluções dessas questões são importantes para determinar a qualificação da parentalidade, que a LPMA não prevê expressamente, permitindo ainda ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) um acompanhamento devido em caso de arrependimento porque cabe a este conselho supervisionar todo o processo.

Palavras-Chave: Procriação Medicamente Assistida; Contrato de Gestação de Substituição; Direito ao Arrependimento; Parentalidade.

1. Introdução

A gestação de substituição ou a gestação sub-rogada² entende-se por “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”, conforme o que se prevê o artigo 8.º, n.º 1, da LPMA – Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Na Europa, a gestação de substituição não é permitida ou legalizada em todos os países. Por um lado, é permitida em Portugal, na Grécia, na Holanda, na Finlândia, na Dinamarca, no Reino Unido, na Irlanda e na Bélgica, não obstante só para motivo altruística e não comercial; por outro lado, é proibida na Espanha, na França, na Suíça, na Suécia, na Alemanha e na Áustria³. Não se encontra nenhum país europeu que legalize a gestação de substituição sem qualquer limitação, como o caso da Índia que a legalizou em 2002 sem qualquer regulamentação legal, o que estimula a indústria de turismo médico⁴.

Em Portugal, mesmo sendo legalizado com certa regulamentação legal, o regime da gestação de substituição não deixa de ser criticado por vários autores nacionais, sendo ainda declaradas pelo TC inconstitucionais várias normas do mesmo regime.

Com a inconstitucionalidade das normas relativas à gestação de substituição, a LPMA não deixa de colocar algumas dúvidas que poderá ter o CNPMA, a quem compete supervisionar o respetivo processo. Deste modo, este texto examina os pontos seguintes: a determinação do momento até ao qual deve terminar o período de arrependimento da gestante de substituição, a paternalidade da

² Na terminologia, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, utilizava a expressão “maternidade de substituição”. No entanto, deixou de a utilizar a partir da entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, nomeadamente os seus dispostos no artigo 8.º que dizem respeito à gestação de substituição.

³ Joana Gouveia [et. al.] - Gestação de Substituição: Aspetos Psicológicos-Uma Revisão da Literatura. **Psicologia, Saúde & Doenças. Lisboa.** ISSN 2182-8407. Vol. 18, n.º 1 (2017), p. 251.

⁴ Priya Shetty - India's unregulated surrogacy industry. **Word Report. London.** ISSN: 0140-6736. Vol. 380 (2018), p. 1663.

criança nascida ou que vier a nascer em caso de arrependimento da gestante de substituição, o momento até ao qual deve terminar o período de arrependimento dos beneficiários e, por fim, a solução em caso de os beneficiários não quererem assumir os deveres parentais, após o momento até ao qual podem exercer o seu direito ao arrependimento, bem como a solução em caso da morte simultânea ou sucessiva dos beneficiários. A resolução desses pontos permite que o CNPMA tenha um melhor acompanhamento do contrato de gestação sub-rogada.

Este artigo conclui que o direito ao arrependimento da gestante de substituição termina com o momento em que termina o contrato de gestação sub-rogada, isto é, com a entrega da criança nascida, sendo o pai desta criança o marido da gestante de substituição. Por outro lado, este artigo demonstra que os beneficiários devem perder o seu direito ao arrependimento com o momento em que começa a criar risco de danos na saúde física da gestante de substituição, isto é, com a implantação do embrião no seu corpo. Por fim, conclui-se que devemos recorrer ao regime de adoção para a situação em que os beneficiários não têm mais vontade de assumir os deveres parentais após o momento de que podem exercer o seu direito ao arrependimento, bem como ao regime de meios de suprir o poder paternal em caso de falecimento simultâneo ou sucessivo dos beneficiários.

2. Regime da gestação de substituição e a sua vicissitude

A LPMA, que prevê o regime da gestação de substituição, foi aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho e sofreu seis alterações⁵ até ao presente. A gestação de substituição era completamente proibida ao entender nulos os negócios jurídicos a este título, quer gratuitos quer onerosos, e a gestante de substituição era considerada, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer. Essa figura só passou a ser legal com a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, mas apenas “...a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da LPMA.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, alterou substancialmente o regime da gestação de substituição constante da LPMA, no qual apenas a definição da gestação de substituição não tem sido alterada. No entanto, a requerimento de trinta Deputados à Assembleia da República, o TC, com o Acórdão n.º 225/2018⁶, de-

⁵ Respetivamente pelas Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, Lei n.º 17/2006, de 20 de junho, Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Lei n.º 58/2017, 25 de julho, Lei 49/2018, de 14 de agosto, e, por fim, Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

⁶ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, referente ao processo n.º 95/17, com o relator Conselheiro Pedro Machete [Consult. 6 out. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www>.

clarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos vários preceitos da LPMA, alguns dos quais dizem respeito ao regime da gestação de substituição. Entre as normas inconstitucionais deste regime, convém salientar a do artigo 8.º, n.º 8, da LPMA, em conjugação com o artigo 14.º, n.º 5, da mesma lei, porque só se permitia a revogação do consentimento da gestante de substituição até ao início dos processos terapêuticos da PMA e não até à entrega da criança ao beneficiário casal, o que viola, por um lado, o direito ao desenvolvimento da personalidade da mesma, interpretado conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, e por outro lado o direito de constituir família, de acordo com o artigo 18.º, n.º 2, em conjugação com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e com o artigo 36.º, n.º 1, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP). Por causa disso, o TC declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade consequente da norma do artigo 8.º/7 da LPMA⁷.

Após a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, mesmo havendo ainda mais alterações à LPMA, o regime da gestação de substituição, consagrado por aquela Lei, não tem sofrido mais alteração.

Em 19 de julho de 2019, a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 383/XIII⁸, que procede à sétima alteração à LPMA, incluindo a alteração da parte do regime da gestação de substituição. No entanto, o Presidente da República, antes da promulgação como lei, requereu ao TC a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes do decreto acima referido. O TC, com o Acórdão n.º 465/2019⁹, declarou a inconstitucionalidade da parte em que reintroduz o mesmo conteúdo do n.º 8 do artigo 8.º anteriormente declarado inconstitucional, transitando apenas esse conteúdo para o n.º 13 do mesmo artigo, bem como da parte em que, com o aditamento do artigo 8.º, n.º 15, alínea j), prevê os termos de revogação do consentimento ou do contrato de gestação de substituição em conformidade com a norma inconstitucional acima mencionada. O que quer dizer que o legislador quis pôr essa norma inconstitucional na LPMA, sem respeitar o Acórdão n.º 225/2018 do TC que produz força obrigatória geral.

tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

⁷ Só se realçam estas normas porque o presente texto se centra apenas em algumas questões com elas relacionadas.

⁸ Decreto n.º 383/XIII - Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida [Consult. 23 out. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a-637664326c755a47566a636d563062334d7657456c4a5353396b5a574d7a4f444d7457456c4a-5353356b62324d3d&fich=dec383-XIII.doc&Inline=true>>

⁹ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 465/2019, referente ao processo n.º 829/2019, com a relatora Conselheira Joana Fernandes Costa [Consult. 23 out. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>>

3. Consentimento informado das partes

É consabido que o consentimento informado, esclarecido e livre no Direito Português exige o dever de informar, o dever de confirmar o esclarecimento e o livre consentimento¹⁰. Estes componentes também se exigem para a realização dos procedimentos da gestação de substituição, conforme o que prevê a LPMA. Deste modo, os beneficiários e a gestante de substituição devem ser antecipadamente informados dos benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas da PMA, das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento de embrião e feto; para além disso, o médico responsável deve garantir o esclarecimento das informações fornecidas e a existência de consentimento livre das partes - beneficiários e gestante de substituição (artigo 8.º, n.º 8 e artigo 14.º, n.ºs 1, 2, 5 e 6, da LPMA).

No entanto, mesmo recebendo a mesma informação, o que a gestante de substituição consente não corresponde ao que consentem os beneficiários, ou seja, os objetos que as partes consentem são distintos. Por um lado, os beneficiários consentem os pagamentos à gestante de substituição do valor necessário que resulte da celebração e do cumprimento do contrato da gestação de substituição, a implantação na gestante de um embrião, criado através de gâmetas de, pelo menos, um deles, bem como a assunção dos poderes e deveres da parentalidade após o parto. Por outro lado, a gestante de substituição consente a aplicação de uma técnica de PMA no seu corpo, o suporte de gravidez, o parto e a entrega da criança após o nascimento. Concentrando-se apenas no que pode causar danos na saúde física ou psíquica, o objeto do consentimento da gestante de substituição é mais abrangente, envolvendo todos os processos terapêuticos da PMA, todo o processo gestacional e o parto, o que não ocorre para o objeto do consentimento dos beneficiários, que inclui, no máximo, a recolha de gâmetas no início dos processos terapêuticos da PMA.

Como o tempo que a gestante de substituição aguenta inclui o período entre o início dos processos terapêuticos da PMA e o parto, entendemos que o risco, que a mesma enfrenta nesse período, de suceder danos na sua saúde física e/ou psíquica é mais elevado do que o risco que os beneficiários encaram. Esta é a razão pela qual a gestante de substituição, antes de prestar o seu consentimento, deve ser informada de algumas complicações que poderão surgir, como *"a implantação do embrião fora do útero (por exemplo numa trompa) implicando tratamentos médicos ou cirurgia para a resolução da situação, a existência de aborto espontâneo com necessidade de curetagem uterina, doenças hipertensivas da gravidez ou diabetes gestacional e a ocorrência de malformações fetais graves*

¹⁰ Sobre estes três elementos em detalhe, cfr. Entidade Reguladora da Saúde - **Consentimento Informado - Relatório Final**. Porto, 2009, p. 20-56.

que justifiquem a interrupção da gravidez [e o facto de que o] parto poderá ter que ocorrer por cesariana”¹¹. Para além disso, não nos podemos esquecer ainda dos eventuais riscos de ocorrerem danos psíquicos na gestante de substituição, como a depressão pré-natal e a depressão pós-parto¹². No que se refere aos beneficiários, embora possam encarar determinados riscos de danos na sua saúde física, nomeadamente para a mulher beneficiária em caso da extração de ovócitos¹³, não há mais procedimento que possa influenciar a sua saúde após a recolha de gâmetas.

4. Arrependimento da gestante de substituição

O que se expôs na secção anterior, ou seja, o facto de sucederem eventuais danos na saúde da gestante de substituição entre o início dos processos terapêuticos da PMA e o parto, e/ou após o parto (como o caso da depressão pós-parto), serve de fundamento para entendermos que, em caso de arrependimento, a mesma deve poder revogar o seu consentimento após o parto, e não até ao início dos processos terapêuticos da PMA, como o legislador quis defender, quer na Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, quer recentemente no Decreto n.º 383/XIII.

Mesmo admitindo ser após o parto para a sua revogação, ainda se coloca a questão de saber o momento exato até ao qual o poder de revogação termina. Para responder a esta questão, convém analisar a relação de dependência que existe entre o contrato de gestação de substituição e o consentimento informado.

É evidente que o contrato de gestação de substituição é um negócio jurídico bilateral entre as partes – os beneficiários e a gestante de substituição – e,

¹¹ Cfr. O modelo de consentimento informado (CI25 Transferência de um embrião para gestação de substituição) do CNPMA. [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI25_TE_GS.pdf>.

¹² James F. Paulson - Focusing on Depression in Expectant and New Fathers. **Psychiatric Times**, Vol. 27, n.º 2 (2010). [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.psychiatric-times.com/focusing-depression-expectant-and-new-fathers>. U.S. Department of Health and Human Services (National Institute of Mental Health) - Postpartum Depression Facts. [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.nimh.nih.gov/health/publications/postpartum-depression-facts/postpartum-depression-brochure_146657.pdf. B.N. Gaynes [et. al.] - Perinatal Depression: Prevalence, Screening Accuracy, and Screening Outcomes. **Evidence Report/Technology Assessment**. U.S.A. p. 1. [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://archive.ahrq.gov/clinic/epcsums/peridepsum.pdf>.

¹³ Depois de estimulação ovárica, é realizada uma técnica transvaginal para extração de ovócitos, que pode, mesmo sendo muito raro, causar a morte da mulher beneficiária. Em caso da recolha espermática, o homem beneficiário não sofre nenhum dano na sua saúde física, como garante o Ministério da Saúde no vídeo da campanha promocional, “*Ser dador de esperma é simples e não tem riscos*”, cfr. Serviço Nacional de Saúde - Dadores de gâmetas isentos de taxas. [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW:<URL: [110](https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/01/19/dadores-de-gametas-isentos-de-taxas/>.</p></div><div data-bbox=)

nos termos do princípio-base *pacta sunt servanda*, esta última deve cumprir o que consta desse contrato, incluindo as obrigações de aplicar as técnicas da PMA no seu corpo, de concluir o processo gestacional, de suportar a gravidez e o parto e, por fim, de entregar a criança nascida após o parto. No entanto, não nos esqueçamos de que, como se mencionou acima, podem suceder danos físicos ou psíquicos na gestante entre o início dos processos terapêuticos da PMA e o parto, e/ou após o parto, pelo que o contrato de gestação de substituição apenas é legalmente admissível enquanto estamos perante um efetivo consentimento informado da gestante de substituição. Esta é a razão pela qual no contrato de gestação de substituição (negócio jurídico bilateral) se integra o consentimento informado (negócio jurídico unilateral) para a admissibilidade da eventual ocorrência dos danos na sua saúde.

Tratam-se de dois negócios jurídicos distintos com dependência de um a outro. Isto porque o contrato de gestação de substituição depende da existência continuada do consentimento informado da gestante de substituição desde o início desse contrato até à sua conclusão, ou seja, desde o momento em que as partes assinam o contrato até à entrega da criança nascida. A existência continuada do consentimento informado só se verifica quando este se mantém atual ou não é revogado pela gestante de substituição nesse período. Portanto, ao estabelecer que a gestante de substituição pode revogar o seu consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos da PMA e não até à entrega da criança nascida, a revogabilidade do consentimento que a LPMA previa é muito limitada e viola a liberdade de ação e autodeterminação da gestante de substituição, pelo que foi declarada inconstitucional pelo TC¹⁴.

O que significa que a gestante de substituição tem, e deve ter, o direito ao arrependimento no período entre o início e a conclusão do contrato de gestação de substituição, revogando livremente o seu consentimento inicialmente prestado sem qualquer limitação quando não tem mais vontade de continuar o referido contrato. A revogação livre do consentimento informado nesse período sem qualquer limitação justifica-se porque o direito à integridade física e o direito à autodeterminação, ambos com caráter pessoalíssimo, são incompatíveis com declarações de vontade irrevogáveis e deve admitir-se que a gestante de substituição mude de posição, conforme o que confirma o disposto no artigo 81.º, n.º

¹⁴ Pelo Acórdão n.º 225/2018, o TC entendeu que “a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição).”

2, do Código Civil e no artigo 38.º, n.º 2, do Código Penal¹⁵. Dizendo de outra forma, o direito ao arrependimento da gestante de substituição representa uma exceção importante ao princípio-base *pacta sunt servanda*¹⁶.

Caso não se verifique um tal arrependimento até à entrega da criança nascida, os beneficiários devem ser entendidos como pais legais da criança nascida. Por conseguinte, entendemos que o direito ao arrependimento, de que a gestante de substituição é titular, termina com a entrega da criança nascida.

O arrependimento da gestante de substituição pode resultar de uma das duas causas: ou porque quer ficar com a criança já nascida ou que vier a nascer, continuando o processo gestacional até ao fim, ou porque quer efetuar uma interrupção voluntária da gravidez, não continuando o processo gestacional.

Relativamente à primeira causa – a gestante de substituição quer levar a gravidez até ao fim e assumir a maternidade da criança nascida –, o arrependimento pode ocorrer em qualquer momento no período entre o início e a conclusão do contrato de gestação de substituição e a mesma é entendida como mãe da criança já nascida ou que vier a nascer. Neste contexto, a paternidade é definida pela presunção legal que prevê o disposto no artigo 1685.º, n.º 1, do Código Civil, pelo que o pai dessa criança é o marido da gestante de substituição.

No que diz respeito à segunda causa – a gestante de substituição não quer levar a gravidez até ao fim e decide realizar uma interrupção voluntária da gravidez –, mesmo admitindo, como defendido acima, o seu arrependimento em qualquer momento no período entre o início e a conclusão do contrato de gestação de substituição, a mesma só pode revogar livremente o seu consentimento anteriormente prestado nas primeiras 10 semanas de gravidez, realizando uma interrupção voluntária da gravidez, conforme o artigo 142.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal, sem prejuízo das outras situações previstas pelo disposto no n.º 1 do mesmo artigo¹⁷. O que quer dizer que, a partir da 11.ª semana de gravidez, a gestante já não pode, por sua opção, realizar uma interrupção voluntária da gravidez e tem de levar a gravidez até ao fim, sem prejuízo de outras situações previstas no artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal. Realizada uma interrupção vo-

¹⁵ Maria João Estorinho; Tiago Macieirinha – **Direito da Saúde**. 1.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 276.

¹⁶ Vera Lúcia Raposo – Surrogacy Contracts Are Not Just Another Contract. **Medicine and Law (World Association for Medical Law)**. New York. ISSN 0723-1393. Vol. 38, n.º 3 (2019), p. 542.

¹⁷ Não analisamos em detalhe as outras situações previstas no n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, porque essas situações não têm a ver com o arrependimento da gestante de substituição por sua opção, mas sim com a vida ou saúde da gestante (alínea a) e b)), a vida intra-uterina (alínea c)) ou a autodeterminação por causa de ter existido crime contra a liberdade e autodeterminação sexual (alínea d)).

luntária da gravidez, a questão da parentalidade não se coloca porque não haverá uma criança nascida.

No entanto, aqui coloca-se ainda uma questão lateral que convém resolver, isto é, a gestante de substituição deve obrigar-se a pagar aos beneficiários das despesas realizadas para concretização do ciclo de tratamento e das despesas decorrentes do acompanhamento de saúde, incluindo transportes e medicação? O legislador optou-se por uma solução positiva (Cláusula 8.^a, n.º 2, e Cláusula 7.^a, n.º 1, do contrato-tipo de gestação de substituição¹⁸). Contudo, esta solução deveria ser negada. A razão é muito simples! Ao assinarem o contrato de gestação de substituição os beneficiários deveriam aceitar o risco de a gestante de substituição, por sua opção, realizar uma interrupção voluntária da gravidez sem obrigação de pagamento de qualquer despesa, porque a existência dessa obrigação influencia, em certo grau, a autodeterminação da mesma, que sem tal obrigação realizaria com certeza uma interrupção voluntária da gravidez.

5. Arrependimento dos beneficiários

A LPMA prevê que os beneficiários podem revogar o seu consentimento anteriormente prestado até ao início dos processos terapêuticos da PMA (artigo 8.º/8 e artigo 14.º/4 da LPMA). No entanto, o legislador não esclareceu o que significa a expressão “início dos processos terapêuticos da PMA”¹⁹. Desta expressão devemos entender que se trata apenas da recolha de gâmetas ou do início de tomar medicamento para indução da ovulação? Ou inclui ainda a extração de ovócitos da mulher beneficiária e a implantação do embrião no corpo da gestante de substituição? Por outro lado, essa expressão leva-nos a pensar se se trata de um momento exato ou de um período que inclui todos os procedimentos acima referidos? Para o primeiro caso, levanta-se ainda dúvida sobre o momento exato até ao qual os beneficiários podem arrepender-se e revogar o seu consentimento previamente prestado. Deste modo, o legislador deverá esclarecer o que deve significar tal expressão.

Independentemente do significado dessa expressão utilizada pelo legislador, devemos entender que o direito ao arrependimento por parte dos beneficiários termina com o momento em que começa a criar risco de danos na saúde física da gestante de substituição, isto é, com a implantação do embrião no seu corpo. A partir deste momento, os beneficiários, cujo consentimento já não está

¹⁸ Sobre este contrato-tipo do CNPMA. [Consult. 4 nov. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf>.

¹⁹ A questão do entendimento desta expressão já foi anteriormente levantada por alguma autora, cfr. Vera Lúcia Raposo – **O Direito à Imortalidade**. 1.^a ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 909.

ligado com o exercício de direitos fundamentais²⁰, devem perder o seu direito ao arrependimento e prevalece o princípio-base *pacta sunt servanda*, cumprindo o que consta do contrato de gestação de substituição. Antes desse momento, em caso de exercício do seu direito ao arrependimento, a questão da parentalidade não se coloca porque não haverá uma criança nascida.

Mais se acrescenta que podem acontecer situações que levem aos beneficiários a não desejarem a criança já nascida ou que vier a nascer após o momento em que não podem exercer o seu direito ao arrependimento, como os casos de divórcio, de morte de um(a) dos beneficiários, de sofrimento de uma doença irremediável, de malformações ou doenças fetais, bem como o caso em que apenas ficam fartos de cuidar dessa criança. Para estes casos, ao reconhecer que os beneficiários não podem ser obrigados a cuidar de uma criança, a única solução para eles é a adoção da criança nascida²¹.

Para além disso, não podemos deixar de atender à situação em que os beneficiários falecem simultânea ou sucessivamente, quer antes quer depois do parto. É evidente que, nesta situação, a gestante de substituição não pode ser obrigada, contra a sua vontade, a assumir a maternidade da criança. Ademais, como óbvio, não estamos perante uma situação de arrependimento nem perante um incumprimento do contrato de gestação sub-rogada por parte dos beneficiários. A situação que enfrentamos tem a ver com uma questão do Direito da Família porque temos de recorrer aos meios de suprir o poder paternal, cabendo ao tribunal de menores designar uma pessoa que tenha o cargo de tutela, nos termos dos artigos 1921.º e seguintes do Código Civil.

6. Considerações finais

Tudo o que se expôs revela que a LPMA não é tão satisfatória quer para a doutrina quer para a jurisprudência, nomeadamente no seu regime da gestação de substituição. Com isto, o legislador deverá prestar mais atenção às questões discutidas e criticadas por vários autores e pelo TC²², com vista a não ter qualquer incerteza ou falha na regulamentação do regime da gestação de substituição. Qualquer incerteza ou falha que surge na sua regulamentação implica mais

²⁰ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 225/2018, referente ao processo n.º 95/17, com o relator Conselheiro Pedro Machete.

²¹ Vera Lúcia Raposo – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. N.º 149 (2017), p. 17.

²² Embora a proteção dos interesses da criança nascida ou que vier a nascer também é ponto fulcral ao qual o legislador deveria e deverá considerar na legislação futura, este texto não o discute porque não se trata de um dos seus objetivos e o autor quer deixá-lo no futuro para uma investigação profunda.

dificuldades que o CNPMA poderá ter durante o acompanhamento de cada contrato de gestação de substituição.

Para além do esclarecimento da expressão “início dos processos da PMA” para determinar sem dúvida a fronteira até à qual os beneficiários podem exercer o seu direito ao arrependimento, o legislador deverá ainda pensar na dimensão da revogabilidade do consentimento da gestante de substituição atendendo à relação de dependência entre o direito da gestação de substituição e o consentimento informado, de forma a conseguir um balanço de interesses, direitos e valores das partes.

Com a inconstitucionalidade de algumas normas da LPMA quanto à gestação sub-rogada, neste momento não existe nenhum enquadramento legal que regule essa figura em Portugal. Por conseguinte, ainda não é legal a prática da mesma. O que significa que Portugal voltou a ser um país onde se proíbe a gestação de substituição.

Referências Bibliográficas

Entidade Reguladora da Saúde - **Consentimento Informado - Relatório Final**. Porto, 2009. [Consult. 23 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago – **Direito da Saúde**. 1.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 9789725404034.

GAYNES, B.N. [et. al.] - Perinatal Depression: Prevalence, Screening Accuracy, and Screening Outcomes. **Evidence Report/Technology Assessment. U.S.A.** ISSN 1530-400X. N.º 119 (2005). [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://archive.ahrq.gov/clinic/epcsums/peridepsum.pdf>.

GOUVEIA, Joana [et. al.] - Gestação de Substituição: Aspetos Psicológicos - Uma Revisão da Literatura. **Psicologia, Saúde & Doenças. Lisboa**. ISSN 2182-8407. Vol. 18, n.º 1 (2017), p. 248-262.

PAULSON, James F. - Focusing on Depression in Expectant and New Fathers. **Psychiatric Times**, Vol. 27, n.º 2 (2010). [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.psychiatrictimes.com/focusing-depression-expectant-and-new-fathers>.

RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à Imortalidade**. 1.^a ed. Lisboa: Almedina, 2014. ISBN 9789724051949.

RAPOSO, Vera Lúcia – Surrogacy Contracts Are Not Just Another Contract. **Medicine and Law (World Association for Medical Law)**. New York. ISSN 0723-1393. Vol. 38, n.º 3 (2019), p. 535-546.

RAPOSO, Vera Lúcia – Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). **Revista do Ministério Público**. Lisboa. ISSN 0870-6107. N.º 149 (2017), p. 9-51.

SHETTY, Priya - India's unregulated surrogacy industry. **Word Report**. London. ISSN: 0140-6736. Vol. 380 (2018), p. 1663-1664.

U.S. Department of Health and Human Services (National Institute of Mental Health) - Postpartum Depression Facts. [Consult. 24 out. 2019]. Disponível em https://www.nimh.nih.gov/health/publications/postpartum-depression-facts/postpartum-depression-brochure_146657.pdf

LEI DA PMA EM PORTUGAL E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

Mariana Schafhauser Boçon

Resumo: Os direitos reprodutivos tiveram o seu desenvolvimento a partir da segunda metade do século XX com a ideia de planeamento familiar, no sentido de homens e mulheres terem o direito fundamental de determinar livremente o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos. Atualmente, a proteção desses direitos enfrenta novos desafios face aos avanços das tecnologias reprodutivas, uma vez que estas, ao permitirem os fins reprodutivos sem a atividade sexual, trazem uma série de questões à ideia de liberdade e de autonomia reprodutiva, tornando necessária uma regulação dessas técnicas para se garantir os direitos e deveres das partes envolvidas: beneficiários, dadores e crianças nascidas.

No que se refere a Portugal, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi a primeira a regular a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, tendo sido objeto de seis alterações, as quais, nomeadamente, alargaram o âmbito das beneficiárias dessas técnicas, regularam o acesso à gestação de substituição e estabeleceram o regime de identidade civil dos dadores.

Todavia, o Tribunal Constitucional Português no Acórdão n.º 225/2018, de 07 de Maio, e no Acórdão n.º 465/2019 declarou inconstitucionais algumas normas da referida lei na sua forma atual, nomeadamente tendo em consideração os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à identidade genética e o princípio da dignidade da pessoa humana da criança nascida e da gestante de substituição.

Assim, com base no desenvolvimento histórico dos direitos reprodutivos e na legislação portuguesa sobre procriação medicamente assistida, este estudo busca

analisar criticamente os diferentes direitos e interesses que se contrapõem na utilização dessas técnicas e em que medida a atual regulação portuguesa busca conjugar, com respeito à bioética e aos direitos humanos, o desenvolvimento da ciência e as demandas da sociedade.

Introdução

A procriação humana é elemento essencial à humanidade e sempre foi objeto de análise do conhecimento, começando com os mitos dos antepassados e vindo a se desenvolver com as ideias traçadas pelas crenças religiosas e as concepções definidas consoante o avanço da ciência.

Nesse sentido, a infertilidade sempre foi objeto de preocupação nas suas componentes médicas, psicossociais, demográficas e económicas, sendo considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como um problema de saúde pública¹.

Assim, o desenvolvimento das denominadas técnicas de Procriação Medicamente Assistida (a seguir PMA) trouxeram a esperança para muitos casais que viam o sonho de ter um filho impossibilitado por questões de saúde sexual e reprodutiva. Entretanto, trouxe também o impulso para um debate de carácter ético-jurídico, filosófico e religioso que perdura até hoje consoante os avanços dessas tecnologias e o desenvolvimento da sociedade.

Afinal, as tecnologias de PMA trouxeram uma mudança significativa na lógica reprodutiva até então compreendida na sociedade, uma vez que permitem a reprodução independente da prática sexual entre indivíduos e, conseqüentemente, trazem uma série de novos desafios aos denominados direitos reprodutivos.

Dessa forma, considerando a proteção dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, almejamos nesse estudo analisar a proteção desses direitos em Portugal, tendo em consideração nomeadamente as alterações legislativas à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, ocorridas em 2016, as quais trouxeram modificações significativas, como a ampliação do acesso às técnicas de PMA e a regulação da gestação de substituição. Bem como, considerando os posicionamentos do Tribunal Constitucional Português no Acórdão n.º 225/2018 e no Acórdão n.º 465/2019, assim analisar criticamente os diferentes direitos e interesses que se contrapõem na utilização dessas técnicas e em que medida a atual regulação portuguesa buscou conjugar, com respeito à bioética e aos direitos humanos, o desenvolvimento da ciência e as demandas da sociedade.

¹ A OMS define infertilidade como a incapacidade de um casal conseguir gravidez após um ano de relações sexuais sem contraceção.

1. A Lei da Procriação Medicamente Assistida em Portugal – de 2006 a 2016

Primeiramente, a ideia da possibilidade de utilização das tecnologias para fins reprodutivos se origina nos direitos garantidos na Constituição da República Portuguesa (a seguir CRP) nos seus art. 26.º, art. 36.º, n.º 1º e art. 67.º, n.º 1, n.º 2, alíneas d) e e).

No que se refere às técnicas de PMA, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (a seguir LPMA), foi a primeira a regular, no país, a sua utilização, enquanto método subsidiário, e não alternativo, de procriação³.

Em 2016 duas leis trouxeram importantes modificações ao texto original do diploma legal, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alargou o âmbito das beneficiárias dessas técnicas, e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que buscou regular o acesso à gestação de substituição⁴.

Conforme consta do art. 3º da LPMA, as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no fato de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Nos termos do art. 4º, n.º 2, do texto original da Lei n.º 32/2006, 26 de julho, a utilização das técnicas de PMA só poderiam verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou em casos de tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Agora, com a alteração promovida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, as técnicas de PMA podem ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Ademais, após a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

² Art. 36.º, n.º 1, CRP (Família, casamento e filiação) - Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

³ O diploma que mais longe conseguiu chegar foi o Decreto n.º 415/VII, de 1999, resultante da Proposta de Lei n.º 135/VII, que foi vetado pelo então Presidente da República. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO, André Dias PEREIRA, Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Julho/Dezembro 2006.

⁴ O Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, veio regulamentar as alterações trazidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho de 2016. Já o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulamenta a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

Essa ampliação do rol de beneficiárias do acesso às técnicas de PMA acabou por gerar também uma mudança no entendimento das possibilidades de utilização de gametas doados. Dessa forma, no artigo 10.º da Lei, no que se refere à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, o texto legal continua praticamente idêntico ao disposto na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no sentido de que a lei prioriza a utilização dos gametas **dos beneficiários**, exceto se não for possível obter gravidez ou gravidez sem doença genética grave com eles, quando, então, pode-se recorrer a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros. No entanto, a interpretação do artigo passa a abranger também o caso das mulheres solteiras ou casais homossexuais, em que a doação faz-se essencial.

Nessas situações, os doadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Já o artigo n.º 19, referente à possibilidade da inseminação artificial ocorrer com o sémen de dador, teve seu texto alterado para abranger as novas beneficiárias da lei. Atualmente, o artigo apenas diz que é permitida a inseminação com sémen de um doador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma. Em todo caso, segundo a lei, é proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

Essa alteração da lei também promoveu mudanças na determinação da parentalidade⁵. O diploma original dizia que a criança fruto de inseminação artificial era havida como filha do marido ou daquele que estivesse vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, sem prejuízo da presunção de paternidade estabelecida no art. 1826.º do Código Civil.

Atualmente, a lei diz que a criança é também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo.

Nos termos do diploma atualizado, se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida à técnica de PMA, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

O diploma original falava de presunção de paternidade, o atual diz estabelecimento da parentalidade, e estabelece que o mesmo pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de fato com a pessoa submetida à técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

⁵ MOTTA, Kátia Borges, *Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino*, 2007, texto disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2399> [03.01.2017].

Em todos os casos, o assento de nascimento não pode conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA, de forma que todos aqueles que por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a essas técnicas, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

A Lei n.º 17/2016, manteve o sigilo dos dadores, de modo que o texto legal referia que as pessoas nascidas do uso das técnicas de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões não podiam obter informações sobre a identificação do/a doador(a), apenas podiam saber informações de natureza genética que lhes digam respeito. Este regime de anonimato, entretanto, foi posteriormente considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, como se verá adiante.

Ora, enquanto a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, trouxe como alteração principal a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, teve como principal papel regular o acesso à gestação de substituição.

No texto original da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a à época denominada maternidade de substituição, situação em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade, era vista como um negócio jurídico nulo, seja ele de carácter gratuito ou oneroso, e a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

Com a alteração promovida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, passou-se a utilizar o termo gestação de substituição, e se estabeleceu que os negócios jurídicos desse tipo de gestação são possíveis a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, sendo tal celebração negocial precedida de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (a seguir CNPMA), a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos.

Nos termos da lei, a gestação de substituição só poderia ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

A lei definiu também que o procedimento deveria ser gratuito, sendo proibido o pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado.

Bem como consolidou não ser permitida a celebração de negócio jurídico de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição deve ser feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, onde devem constar obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. Este contrato, por sua vez, não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

Ademais, a lei n.º 25/2016 estabeleceu ser aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º da LPMA quanto ao consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, devendo os beneficiários e a gestante de substituição serem informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.

Bem como, nos termos da lei aplica-se também às gestantes de substituição o disposto no n.º 5 do referido art. 14.º da LPMA, de forma que tanto o consentimento dos beneficiários, quanto o da gestante é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Os direitos e deveres previstos na LPMA também se aplicam aos beneficiários e à gestante de substituição, sendo que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.

A lei estabeleceu que os negócios jurídicos desse tipo de gestação são possíveis a título excepcional e com natureza gratuita para situações especificadas na lei, sendo, portando, nulos os negócios jurídicos onerosos de gestação de substituição, bem como os gratuitos que desrespeitem o disposto na lei, havendo para ambos os casos punição legal⁶.

2. O entendimento do Tribunal Constitucional e as novas alterações à LPMA

2.1 O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional

Ora, face às alterações legislativas ocorridas à LPMA em Portugal no ano de 2016, um grupo de trinta Deputados veio requerer à Assembleia da Repú-

⁶ A lei também definiu que quem promover a celebração de contratos de gestação de substituição, bem como quem retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção é punido com pena de prisão, sendo a tentativa também é punível.

blica, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da CRP, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de alguns dos preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto⁷.

Os deputados alegaram que as alterações legislativas preocuparam-se em proteger exclusivamente a mulher e consequentemente desconsideraram a proteção dos direitos da criança.

Nesse sentido, entenderam que ao se alargar o âmbito de acesso às técnicas de PMA esta, embora ainda esteja descrita na lei como um método subsidiário de procriação, passou a ser na prática um método alternativo, uma vez que o acesso às referidas técnicas deixaria de ser uma forma de tratamento para infertilidade ou casos de doença grave, passando a ser considerado um direito reprodutivo de toda e qualquer mulher que assim deseje ter um filho.

Como fundamentos, os deputados alegaram que os referidos artigos, cada um à sua medida, violavam o princípio da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição], o princípio do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), bem como violavam os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição).

Após uma análise extensa e detalhada dos vários princípios em questão, o Tribunal Constitucional (a seguir TC), no Acórdão n.º 225/2018, 07 de maio⁸, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho:

“dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de

⁷ Designadamente os preceitos: a) Artigo 8.º, sob a epígrafe “Gestação de substituição”, n.ºs 1 a 12, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do dever do Estado de proteção da infância, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade; e, consequentemente, “das normas ou de parte das normas” da LPMA que se refiram à gestação de substituição [artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.os 5 e 6, 15.º, n.os 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b)]; b) Artigo 15.º, sob a epígrafe «Confidencialidade», n.os 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.os 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade; c) Artigo 20.º, sob a epígrafe «Determinação da parentalidade», n.º 3, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, texto disponível em : <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized> [05.07.2018].

gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; consequentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º; tendo ficado determinado que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicam aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.”

Assim sendo, o TC entendeu que a gestação de substituição, na sua essência não viola a dignidade da gestante, nem da criança nascida da gestação de substituição, no entanto, certos aspectos das alterações realizadas à LPMA lesam princípios e direitos fundamentais consagrados na CRP, como o princípio da proporcionalidade e o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética.

Segundo o TC, as alterações legislativas ocorridas em 2016 não conceberam um adequado enquadramento do contrato de gestação de substituição, permitindo, deste modo, uma indeterminação quanto aos limites da autonomia das partes do contrato, nomeadamente quanto às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante, sendo necessário um diploma legal que melhor concretize as regras de conduta dos beneficiários e da gestante de substituição.

Ainda no que se refere à autonomia da gestante de substituição, a maioria dos juízes do TC entendeu que o fato da gestante não poder revogar o consentimento prestado no contrato até à entrega da criança representa uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família.

O TC invoca o fato de a LPMA, no seu artigo 14.º, n.º 4, aplicável à gestante por remissão do art. 8.º, n.º 8, só admitir a livre revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA, o que, no seu entender, corresponde à concretização de outras restrições ao direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante em face do objetivo de salvaguardar o interesse dos beneficiários e seu projeto parental.

Segundo o TC, portanto, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado constitui a única garantia para que o cumprimento das obrigações de

cada uma das fases do procedimento de gestação de substituição continue a ser voluntário, sendo assim essencial para a efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, nomeadamente pelo fato de que as obrigações contratuais pressupõem o consentimento.

Por sua vez, o TC reconheceu que a regra de anonimato de dadores e da gestante de substituição não afronta a dignidade da pessoa humana, entretanto, considerou que a referida regra, embora não seja absoluta, merece censura constitucional, devido a impor uma restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas através deste método, uma vez que as crianças, embora possam obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, não podem obter a identificação do dador⁹.

A decisão do TC, ao declarar inconstitucionais uma série de normas da Lei n.º 32/2006 após as alterações legislativas ocorridas em 2016, fez com que ficasse impedida a aplicação prática da lei, nomeadamente no que toca ao início de novos processos de gestação de substituição e na utilização de gametas doados sob o regime de anonimato, até que fosse concretizada uma superveniente alteração pelo Parlamento.

Afinal embora na decisão tenha ficado limitado os seus efeitos para salvarguardar os contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA nos quais já tivessem sido iniciados os processos terapêuticos¹⁰, a decisão não limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas que impõem uma obrigação de sigilo absoluto relativamente à identidade dos dadores e da gestante de substituição.

Face às dúvidas geradas pela decisão do TC foram tomadas uma série de iniciativas legislativas no Parlamento, designadamente foram apresentados o Projeto de Lei n.º 1007/XIII, o Projeto de Lei n.º 1010/XIII, o Projeto de Lei n.º 1024/XIII, o Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4ª, o Projeto de Lei n.º 1031/XIII e o Projeto de Lei n.º 1033/XIII.

Tais projetos de Lei estavam maioritariamente vocacionados à questão do regime de acesso à informação sobre a identificação civil dos dadores no âmbito dos processos de PMA, tendo sido apenas o Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4ª, do

⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1943.

¹⁰ Entretanto, no único processo de gestação de substituição que se mantinha ativo antes do Acórdão do Tribunal Constitucional, os tratamentos de fertilidade não resultaram e não serão feitos mais por indicação médica, de modo que, do período que a Lei da Gestação de Substituição esteve em vigor em Portugal, não resultará nenhuma gestação. Cf. Mariana BRANCO, “Não vai nascer nenhum bebé de barriga de aluguer em Portugal”, publicado no portal eletrónico S/Portugal, em 09.06.2018, texto disponível em https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/nao-vai-nascer-nenhum-bebe-de-barriga-de-aluguer?ref=DET_relacionadas_portugal [07.07.2018].

Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda (BE), que buscou tratar da alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição conformando-o com o Acórdão do TC.

2.2 Lei n.º 48/2019, de 08 de julho, e o regime de identidade civil dos dadores

Na sequência dos referidos projetos de lei, foi aprovada e publicada a lei n.º 48/2019, de 08 de julho, referente ao regime de confidencialidade nas técnicas de PMA, procedendo-se, assim, à sexta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

A lei n.º 48/2019, de 08 de julho, promoveu uma significativa alteração à redação do art.º 15.º da LPMA, passando a atender ao disposto no Acórdão n.º 225/2018 do TC, designadamente quanto ao regime de identidade civil dos dadores.

Deste modo, segundo a alteração legislativa, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do CNPMA informação sobre a identificação civil do dador.

Sendo que, para efeitos do conceito de identidade civil, entende-se o nome completo do dador ou dadora.

Acresce ainda que, aquelas pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gametas ou embriões, que tenham idade igual ou superior a 16 anos, mas menores de 18 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento. Por outro lado, sobrepondo-se ao acórdão do TC, que não limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas da LPMA referentes à confidencialidade, a Lei n.º 48/2019, de 08 de julho, estabeleceu também uma norma transitória quanto ao regime de confidencialidade a ser adotado para os gametas e embriões doados antes da publicação do Acórdão n.º 225/2018.

Assim, nos termos do art. 3.º, n.º 1 da lei n.º 48/2019, exceto nos casos em que os dadores autorizem de forma expressa o levantamento do anonimato, permanecem abrangidos pelo regime de confidencialidade da identidade civil do dador:

- Os embriões resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da lei n.º 48/2019;
- Os gametas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e

utilizados até três anos após a entrada em vigor da lei n.º 48/2019;

- As dídivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018.

Findos os prazos previstos no n.º 1, os gametas e embriões doados ou resultantes de doações são destruídos no caso de o dador não ter, durante esse período, autorizado o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil.

Todavia, a lei n.º 48/2019, de 08 de julho, apenas procedeu à alteração legislativa no que se refere ao regime de confidencialidade aplicado à identidade civil dos dadores e dadoras, não tendo nada sido referido quanto à gestação de substituição.

2.3 Decreto n.º 383/XIII e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019

Na sequência da discussão conjunta das várias iniciativas legislativas, o processo legislativo culminou na aprovação do Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII, articulado de substituição apresentado pela Comissão de Saúde, relativo ao Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4.^a, do BE.

Desta forma, em 19 de julho de 2019, foi aprovado e enviado para promulgação como lei o Decreto n.º 383/XIII, que procede à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

No referido Decreto encontram-se previstas alterações ao art. 8.º, referente à gestação de substituição, dentre as quais destacam-se o estabelecimento de que a gestante de substituição pode ser a mulher que já tenha sido mãe, bem como que seja, preferencialmente, parente em linha reta até ao 2.º grau ou até ao 4.º grau na linha colateral, afim até ao 2.º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários.

Bem como, nos termos do Decreto, passa a ficar explicitado na LPMA as cláusulas obrigatórias dos negócios jurídicos de gestação de substituição, designadamente cláusulas que tenham por objeto as disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez, em conformidade com a legislação em vigor; a possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas, bem como os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei (cf. art. 15.º, alíneas g, h, i, j do Decreto n.º 383/XIII).

Promoveram-se também alterações ao art. 39.º da LPMA, a revogação dos n.ºs 11 e 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006 e o aditamento dos artigos 13.º-A e 13.º-B, os quais referem-se aos direitos e deveres da gestante de substituição, respectivamente.

Os direitos da gestante de substituição consagram-se no sentido de ser corretamente informada sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis resultantes da celebração do presente contrato; direito à assistência médica e de seguir as prescrições determinadas pelo médico responsável pelo acompanhamento de doença de que venha a padecer durante a gravidez, ainda que tal possa comprometer a viabilidade da gestação¹¹.

Já quanto aos deveres da gestante de substituição, estes constituem-se basicamente no sentido de prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pela equipa médica responsável e todas as que entenda serem relevantes para o êxito da técnica a que vai submeter-se; seguir as prescrições médicas determinadas e observar os cuidados considerados normais, bem como informar os beneficiários da verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do presente contrato, nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez.

Todavia, face à apresentação do referido Decreto para promulgação como lei, o Presidente da República Portuguesa, ao abrigo do artigo 278.º, n.º 1, da CRP, submeteu à apreciação do TC, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, duas normas constantes do artigo 2.º do Decreto:

- a a norma constante do artigo 2.º do Decreto, na parte em que mantém em vigor o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, que passa a constar do n.º 13 daquele artigo 8.º, de acordo com a renumeração efetuada pelo Decreto em apreciação;
- b a norma constante do artigo 2.º do Decreto, na parte em que adita a alínea j) ao n.º 15 do artigo 8.º da citada lei.

Segundo o entendimento do Presidente, a alteração legislativa proposta “não cumpre a decisão do Tribunal Constitucional” constante do Acórdão n.º 225/2018, padecendo do vício de inconstitucionalidade material “por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1,

¹¹ O decreto no seu art. 13.º-A, n.º 2, por sua vez, dispôs que “a celebração, por parte da gestante de substituição, de negócios jurídicos de gestação de substituição através de contrato escrito não diminui o exercício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puerpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra.”

por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa¹²”.

Assim, no processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, o TC decidiu no Acórdão n.º 465/2019, de 18 de outubro, que de fato:

“[n]o Decreto 383/XIII mantém-se em vigor o referido n.º 8 do artigo 8º, agora reenumerado em número 13, é acrescentada a alínea j) ao número 15º do artigo 8º, e deixa-se intocado o artigo 14º, sendo certo que o artigo 14.º refere-se à revogabilidade do consentimento até ao início das terapêuticas de PMA, descumprido, portanto, a decisão do Tribunal Constitucional, de que a revogação deveria ser até à entrega da criança aos ‘beneficiários’¹³.”

O TC entendeu que, para além do incumprimento com a decisão do Acórdão n.º 225/2019, ao não se realizar a alteração ao artigo 14º, cujo número 5 havia sido declarado inconstitucional, há também a possibilidade de criação de uma situação de incerteza, insegurança jurídica para a criança, para os “beneficiários” e para a gestante.

Deste modo, o TC manteve o entendimento adotado no anterior Acórdão n.º 225/2019, no sentido de que uma das condições de admissibilidade do modelo português de gestação de substituição é, justamente, a consideração de que o mesmo não põe em causa a dignidade da gestante, sendo condição indispensável para a salvaguarda da mesma que o consentimento livre e esclarecido por si prestado – um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da CRP – seja assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição: celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários.

Com efeito, o TC decidiu que no Decreto 383/XIII ao apenas se reenumerar o anterior artigo 8.º pelo artigo 13.º, mantendo a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de PMA, o legislador optou por não consagrar aquela que foi considerada única garantia apta a assegurar que “a gestante não seja instrumentalizada” no âmbito do processo de gestação de substituição¹⁴.

¹² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, Diário da República n.º 201/2019, Série I de 2019-10-18, p. 118, texto disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/125468550/details/maximized> [01.11.2019].

¹³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴ Apesar de inexistir qualquer tipo de impedimento, processual ou de outra ordem, à possibilidade de reversão do sentido do julgamento levado a cabo no Acórdão n.º 225/2018, o certo é que não se verificam quaisquer circunstâncias, objetiva ou subjetivamente supervenientes, que justifiquem a reabertura da discussão para que remetem as alterações ao regime da gestação de substituição a que se propõe a manifestação do exercício do poder legislativo consubstanciada no Decreto.

Assim, com base nos sobreditos fundamentos, o TC no Acórdão n.º 465/2019 pronunciou-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos (art.º 18.º, n.º 2, art.º 1.º e 26.º, n.º 1, art.º 36.º, n.º 1, todos da CRP), da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República:

- a) a) na parte em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, após as alterações, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência,
- b) b) na parte em que, através do aditamento do n.º 15.º, alínea j), ao artigo 8.º da citada Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada em a).

Deste modo, no presente momento, sem uma alteração legislativa que vise se adequar ao entendimento apresentado pelo TC nos sobreditos Acórdãos, a gestação de substituição existe na lei portuguesa, mas na prática, não é possível aceder a ela.

2.4 Limites aos direitos reprodutivos – desafios atuais

Deste modo, as decisões do TC no Acórdão n.º 225/2018 e no Acórdão n.º 465/2019 são importantes para demonstrar que, não obstante haja um reconhecimento e proteção dos direitos reprodutivos, de modo que o avanço das tecnologias de PMA possa ser cada vez mais disponibilizado a todos os indivíduos igualmente, a promoção desse direito encontra limites face aos direitos das outras partes envolvidas na atividade reprodutiva mediante a utilização das técnicas de PMA.

Ora, os direitos reprodutivos, vistos dentro do âmbito do direito à família e do direito ao planeamento familiar, podem dar abertura a um entendimento do direito a constituir família e ter filhos, enquanto direito personalíssimo

Com efeito, nos dezoito meses que mediarão entre a anterior pronúncia do Tribunal e o momento presente, não sobrevieram quaisquer novos dados, designadamente de natureza técnica, científica, sociológica, ou até mesmo jurídico-política, que confirmem cabimento, designadamente em face dos imperativos de segurança jurídica e do critério de validade do direito neles implicado, a uma revisão do juízo formulado no Acórdão n.º 225/2018, proferido em processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, *op. cit.*, p. 134.

e inalienável a ser assegurado, em certa medida, pelo Estado, em condições de plena igualdade para todos, de modo a permitir um efetivo desenvolvimento da personalidade.

E nesta medida, consoante o acima exposto, as Leis n.º 17/2016, de 20 de Junho, e n.º 25/2016, de 22 de agosto, trouxeram significativas mudanças e maior garantia e igualdade na promoção dos direitos reprodutivos nomeadamente das mulheres, uma vez que passaram a permitir de modo alargado o acesso ao exercício da parentalidade, permitindo às mulheres solteiras, homossexuais e com problemas específicos no útero o direito a constituir família.

No entanto, o entendimento da reprodução como um direito implica o reconhecimento de limites ao exercício do mesmo. Nesse sentido, a promoção de uma maior igualdade para aquelas mulheres encontra outros direitos em oposição quando passamos a analisar os outros sujeitos de direito que estão envolvidos na utilização das técnicas de PMA e na gestação de substituição: as pessoas beneficiárias, os dadores, as gestantes de substituição e as crianças nascidas dessas técnicas.

Assim, quando pensamos na ampliação promovida pela lei, temos de verificar também os direitos daqueles que participam de modo essencial para que a técnica se concretize e as mulheres beneficiárias atinjam o objetivo inicialmente pretendido, como é o caso da relação entre as beneficiárias e as gestantes de substituição.

Como visto, no Acórdão n.º 225/2018, e reiterado no Acórdão n.º 465/2019, o TC entende que o contrato de gestação de substituição em si não viola os preceitos estabelecidos na Constituição, entretanto, certos dispositivos da forma como está disposta a lei sim.

Deste modo, quando falamos de direitos reprodutivos num contrato de substituição, diante da maior proteção dos direitos das mulheres beneficiárias, é importante verificar se este contrato prevê e protege adequadamente os direitos da mulher gestante, nomeadamente a sua dignidade e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Segundo Paulo Otero, embora a gestação de substituição tenha por fim o objetivo nobre de se gerar uma nova vida, o meio empregue, mediante a cedência do útero de uma mulher ao projeto parental de outros, não o justifica, posto que a mulher gestante se reduziria a uma mera incubadora, conseqüentemente reduzindo assim a sua própria dignidade, representando um retrocesso histórico no processo de afirmação e dignificação da mulher e atentando contra o princípio da humanidade formulado por Kant¹⁵.

¹⁵ “A ideia kantiana de que o ser humano nunca pode ser um simples meio, nem tratado como um objeto, antes cada pessoa humana encerra sempre um fim em si mesmo, é vilipendiada com a maternidade de substituição: a mulher aparece aqui como meio, um objeto do serviço dos interesses

Portanto, o contrato de gestação comunicaria uma contraposição no que tange à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres, uma vez que ao promover maior garantia aos direitos reprodutivos das mulheres que desejam ter filhos e por razões clínicas não o podem, acabaria por interferir na garantia da dignidade das mulheres que consentem em ceder à utilização de uma parte do seu corpo em benefício de outras pessoas.

Nos termos descritos por Maria Raquel Guimarães temos “um contrato ‘de mulheres’, paradoxalmente assumido entre nós como uma reivindicação (um ‘direito a procriar’, como defendem alguns) de mulheres, quando em outras paragens é criticado pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia”¹⁶.

Acresce ainda o fato de ser um contrato em que, embora tenha de ser definido pela sua gratuidade e correspondente voluntariedade da gestante, é esta quem tem mais obrigações as quais acabam por envolver aspectos físicos e psicológicos consideráveis quando se tem em consideração a relação dinâmica e intensa que se cria entre a gestante e a criança gerada¹⁷.

Há quem defenda, portanto que, não obstante o contrato de gestação de substituição evidenciar o espírito altruísta da mulher gestante, ele necessariamente implica a sua instrumentalização ao serviço dos interesses dos beneficiários, de modo que ela se converte num mero meio, numa incubadora, o que é incompatível com a sua dignidade.

O contrato de gestação de substituição seria um contrato em que o consentimento dos beneficiários e o da gestante não são simétricos, caracterizando-se assim por uma exploração da utilização do corpo da mulher, o que seria inaceitável dentro do que prevê o regime jurídico português.

Contudo, outra vertente de entendimento sublinha que, embora o contrato de gestação de substituição envolva a cedência do corpo por parte da mulher

procriativos de terceiro, num cenário em que a sua dignidade aparece capturada pela liberdade.” Cf. Paulo OTERO, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, p. 82.

¹⁶ Cf. Maria Raquel GUIMARÃES, “ ‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, in Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 107.

¹⁷ “Não obstante, o consentimento dos beneficiários e o da gestante, não só não são simétricos – uma vez que o da gestante implica a aceitação de intervenções continuadas em direitos fundamentais como a integridade física ou a saúde e o direito a constituir família e a ter filhos, ao passo que o dos beneficiários se limita à recolha do material genético necessário para a concretização da gestação de substituição e à transferência uterina do embrião assim criado; sobretudo, não são consumidos pelo contrato que beneficiários e gestante celebram entre si”. Cf. Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 225/2018, *op. cit.*, p. 1897.

gestante, isso não necessariamente implica que ela estará a perder a sua autonomia e conseqüentemente terá violada a sua dignidade¹⁸.

Como foi defendido pelo TC no seu Acórdão n.º 225/2018, a gestação de substituição tem relevância constitucional positiva no sentido de que é um modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, nomeadamente o direito de constituir família e o direito de procriar, os quais, por razões de saúde, ficaram prejudicados de se realizar.

No entanto, esclarece o TC no seu Acórdão n.º 465/2019, que “os beneficiários não têm um direito fundamental à procriação por via de gestação de substituição; esta última corresponde tão só a uma opção do legislador no sentido de possibilitar a concretização de um projeto parental que, de outro modo, não seria viável¹⁹”.

Por outro lado, no que se refere à gestante, a gestação de substituição pode ser vista como um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da sua personalidade, e conseqüentemente da sua dignidade, sendo que o que legitima a sua intervenção é a afirmação livre e responsável da sua personalidade.

Nesse sentido, o TC entendeu que o legislador visou garantir a dignidade da gestante no momento em que previu como pressuposto do próprio contrato de gestação de substituição que a gestante seja informada dos benefícios e riscos conhecidos, das implicações éticas, sociais e jurídicas do seu compromisso e que, assim devidamente informada, seja lhe dada condição de prestar um consentimento expresso, autónomo e antecipado, contribuindo para se garantir a autonomia e voluntariedade da gestante no momento em que decide ser parte do procedimento que, de outro modo, poderia ser vistas como atentatório da sua dignidade²⁰.

Bem como, a norma estabelecida na LPMA dispõe que o contrato firmado entre as partes, para além de ter de ser gratuito, não pode impor normas que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade da gestante de substituição.

¹⁸ Cf. Vera Lúcia RAPOSO, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 172.

¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, *op. cit.*, p. 125.

²⁰ Afinal, a gestação em si é um processo que envolve aspectos biológicos, psicológicos, afetivos e sociais relevantes, os quais, numa visão contrária aos contratos de gestação de substituição, são considerados como excessivos, pois a gestante ficaria privada de uma série de seus direitos e interesses enquanto estivesse a decorrer o procedimento, para além de ao final vir a ser submetida a uma separação drástica depois de todo o vínculo que se criou naturalmente com a criança gerada. Ora, este entendimento baseia-se na ideia de que o contrato de gestação de substituição impõe a utilização da mulher gestante, violando a sua dignidade, submete a mulher gestante a um papel submisso dentro do contrato, retirando a validade do consentimento prestado por ela de concordar em participar do procedimento.

Ora, esse compromisso assumido pelos beneficiários face à gestante visa garantir que a gestante não está subordinada aos meros desejos e anseios dos beneficiários, mas antes mantém a sua liberdade em conjunto com o compromisso assumido de lhes gerar uma criança.

No entanto, no entender do TC, tais elementos não são considerados suficientes para a garantia da autonomia e dignidade da gestante de substituição durante o decorrer de todo o procedimento, se esta não tiver a possibilidade garantida legalmente de revogar livremente o seu consentimento em qualquer uma das fases da gestação.

Nesse sentido, o CNECV no seu parecer 63/CNECV/2012, defendeu que esta revogação de consentimento pela gestante de substituição pode ser feita em qualquer momento até ao início do parto.

Já o BE no seu Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4.^a previa que o consentimento livremente revogável da gestante de substituição pode acontecer até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida²¹.

No entanto, independentemente do momento limite a ser definido, mas tendo por princípio o entendimento do TC de que a livre revogação do consentimento deve cumprir todas as fases do procedimento de gestação de substituição, vindo a acontecer a revogação, esta sempre colocará em jogo outros interesses: os dos beneficiários e o da criança a nascer/já nascida.

Tendo em consideração o consentimento prestado pelos beneficiários e aquele prestado pela gestante de substituição, eles de fato não são simétricos, não se podendo negar que este último, em decorrência dos efeitos que todo o procedimento de gestação de substituição acarreta na vida da gestante, tem um maior grau.

Assim, no jogo entre as expectativas dos beneficiários com o contrato celebrado e o direito fundamental da gestante de revogar o seu consentimento neste tipo de contrato, os eventuais inconvenientes e frustrações dos primeiros não justificam que seja previsto um regime limitado de revogabilidade de consentimento para gestante.

No entanto, embora não possa ser um fator limitador do direito da gestante, tais frustrações de expectativas devem ser levadas em conta na análise ético-jurídica do contrato de gestação de substituição, principalmente quando consideramos o superior interesse da criança a nascer.

²¹ Por outro lado, quando consideramos o que já prevê a legislação portuguesa, no que se refere à adoção, temos que o artigo 1982.º, n.º 3 estabelece que a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto, definindo, portanto, um período de reflexão para a gestante.

Afinal, no caso de uma revogação pela gestante de substituição, na qual esta pretenda assumir a maternidade da criança nascida, teremos um conflito entre os interesses de duas mulheres: aquela que é a autora inicial do projeto e dadora do gameta feminino e que, portanto, tem os vínculos intencionais e genéticos; e aquela que também participa do projeto de gestação mas “apenas” tem o vínculo gestacional²².

No parecer do CNECV 104/2019, a possibilidade de livre revogação do consentimento da gestante de substituição até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida²³ cria, “à partida, um conflito eventual entre os autores do projeto parental e a gestante, subordinando-se totalmente o destino do projeto parental à vontade da gestante, relativizando-se totalmente o interesse da criança que virá a nascer, na medida em que o desfecho do projeto e o destino da criança são incertos.”

Permaneceria, assim, sem respostas efetivas alguns dos principais questionamentos referentes às alterações legislativas à LPMA, no sentido de que à ampliação do rol de beneficiárias e à regulamentação da gestação de substituição, não houve a correspondente e necessária garantia dos direitos da criança que vier a nascer, nomeadamente no que se refere à promoção dos direitos que são essenciais à construção da sua personalidade e proteção da sua dignidade.

No que toca ao desenvolvimento pessoal da criança, questionou-se, sobretudo no âmbito do Acórdão do TC n.º 225/2018, que a regra de anonimato dos dadores e da gestante de substituição, até então prevista na Lei de PMA, violaria o direito à identidade pessoal, à dignidade pessoal e à identidade genética da criança nascida das técnicas, na medida em que esses direitos são essenciais à construção da sua identidade como ser humano.

No entanto, a alteração legislativa advinda com a lei n.º 48/2019, de 08 de julho, ao estabelecer o princípio da identidade civil do dador, veio melhor promover o direito à identidade pessoal²⁴.

²² Embora não existam evidências suficientes de que separação entre a gestante e a criança nascida determine prejuízos efetivos no desenvolvimento pessoal da criança, já se comprovou que a relação epigenética e psicológica que estabelece durante o desenvolvimento intrauterino é importante para o crescimento, desenvolvimento pessoal e afirmação bio-psicosocial da criança. Cf. Declaração de voto de Rita Lobo Xavier sobre o Parecer 87/2016 do CNECV, Março de 2016, *op. cit.*

²³ Cfr. Parecer 104/CNECV/2019, de 8 de abril de 2019, Parecer relativamente ao Projeto de Lei n.º 1030/XIII/4 BE, texto disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1555499641_parecer_104_cnecv_2019_gestacao%20substituicao.pdf [12.09.2019].

²⁴ A identidade pessoal é o que caracteriza cada pessoa enquanto indivíduo e que o diferencia das outras pessoas, e teria como das suas componentes essenciais o direito à identidade genética própria e o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade, os quais, visto em uma perspectiva mais ampla incluiriam o direito ao conhecimento das origens genéticas. Segundo Rafael Vale e Reis, o direito fundamental ao conhecimento das origens gené-

Como visto, a CRP ao prever a todos o direito de constituir família em condições de plena igualdade estabelece a todos o direito de ver juridicamente reconhecidos os vínculos de parentesco, bem como ao estabelecer o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade reconhece aos indivíduos um direito a ter um nome e uma historicidade pessoal, o que estaria vinculado a um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores²⁵.

Ora, tendo por base os direitos e garantias estabelecidos na constituição, bem como o sistema de filiação estabelecido no ordenamento civil português, as alterações legislativas à LPMA importaram novas nuances à determinação da parentalidade, tendo as técnicas de PMA heterólogas estabelecido uma exceção ao princípio da verdade biológica e a gestação de substituição, uma exceção ao estabelecimento da maternidade como decorrência do parto.

Deste modo, para além dos interesses dos beneficiários e da gestante de substituição, quando se analisa a conjuntura do direito da gestante revogar livremente o seu consentimento em qualquer uma das fases do procedimento, temos de ter em atenção os aspectos de filiação e parentalidade que decorrerão caso a criança venha a nascer, de modo que esta não se torne mero instrumento de satisfação dos interesses, seja dos beneficiários, seja da gestante de substituição.

Conclusão

Dessa forma, analisando sob o prisma normativo, na forma como estão dispostas as recentes alterações legislativas à Lei de PMA em Portugal, não podemos deixar de visualizar uma maior promoção da igualdade entre homens e mulheres e das mulheres entre si no acesso e no exercício dos direitos reproduti-

tivas envolve, em princípio, reconhecer a todo indivíduo o direito de investigar a maternidade e paternidade, sendo que no caso das pessoas geradas com recurso a técnicas de PMA com gametas ou embriões doados, envolveria o direito à obtenção de informação que permita a identificação desse(s) dador(es), bem como no âmbito de um contrato de ‘maternidade’ de substituição em que a portadora não tenha facultado o óvulo que foi fecundado, o reconhecimento do direito a aceder à identidade dessa mulher que suportou a gravidez. Cf. Rafael Vale e REIS, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida?”, in João LOUREIRO, André Dias PEREIRA, Carla BARBOSA (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV – *Genética e Procriação Médica Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 164.

²⁵ Segundo André Gonçalo Dias Pereira, os referidos direitos constitucionalmente reconhecidos ganham respaldo no sistema jurídico português quando se verifica, nos termos do art. 1796.º do Código Civil, que para o direito da filiação português a maternidade é imposta *ope legis* (desconsiderando a vontade da mulher) e o critério determinante é o do parto, demonstrando a intenção do sistema de que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel. Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, p. 44.

vos e consequentemente no exercício das mais diversas formas de parentalidade presenciadas no mundo contemporâneo.

Todavia os referidos direitos relacionados às atuais tecnologias de PMA trazem à questão do direito a constituir família e ter filhos uma maior necessidade de se verificar também a proteção jurídica de outros interesses em jogo.

Assim sendo, quando nos propormos a analisar a promoção de uma maior igualdade no acesso às técnicas de PMA temos necessariamente de verificar as questões limitadoras e outros direitos em oposição dos outros sujeitos de direito que estão envolvidos na utilização das técnicas e na gestação de substituição: as pessoas beneficiárias, os dadores, as gestantes de substituição e as crianças nascidas dessas técnicas.

Nesse sentido, as alterações legislativas ocorridas à LPMA foram importantes para promover maior igualdade quando consideramos a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA a fim de que todas as mulheres, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade possam concretizar o seu direito a constituir família e desenvolver a sua personalidade de acordo com as suas convicções.

No entanto, como vimos aqui, a essa maior promoção dos direitos reprodutivos, as alterações à LPMA não garantiram devidamente uma série de outros interesses e direitos que também necessitam de proteção.

No caso da gestação de substituição, temos uma conjuntura de direitos e interesses envolvidos, os quais ainda não encontraram, nas propostas legislativas apresentadas, o essencial equilíbrio para que esse tipo de contrato possa ser colocado em prática em Portugal.

Nesse sentido, na perspectiva dos direitos da gestante, para se garantir que os contratos de gestação de substituição não sejam instrumentos de objetificação das dessas mulheres, a LPMA deveria acautelar que a vontade livremente expressa pela gestante no início, permaneça durante todo o processo, o que, no entender do TC apenas é possível mediante a admissão da livre revogabilidade do consentimento da gestante até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição²⁶.

Deste modo, atualmente, a condição de admissibilidade do modelo de gestação de substituição é a consideração de que o mesmo não ponha em causa a dignidade da gestante, pelo que, em Portugal, para que isto aconteça faz-se

²⁶ Segundo Rafael Vale e Reis, no seu artigo de opinião datado de 09/08/2017, a legislação sobre gestação de substituição em Portugal está em contradição com o princípio da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, que o Código Civil já garante há décadas. Cfr. OBSERVADOR, O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal, 09/08/2017, disponível em <http://observador.pt/opiniao/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/> [15.10.2019].

necessária uma alteração legislativa que garanta a livre revogabilidade do consentimento prestado pela gestante de substituição até ao final de todo o procedimento.

No entanto, o livre consentimento da gestante em qualquer fase do procedimento envolve os interesses dos beneficiários e da criança a nascer ou já nascida, pelo que a adoção desse pressuposto legal no contrato de gestação de substituição deverá considerar o enquadramento ético necessário a este tipo de contrato para todas as partes envolvidas, de modo a não relativizar certos interesses em detrimento de outros.

Torna-se, portanto, premente promover um debate mais aprofundado acerca da LPMA na sua forma atual, nomeadamente tendo em consideração os dispositivos legais que foram considerados inconstitucionais pelo Acórdão n.º 225/2018 e pelo Acórdão n.º 465/2019, a fim de se definirem novas propostas legislativas que atendam aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e aos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética de forma a promover os direitos reprodutivos em conjunto com o direito das outras partes envolvidas nos procedimentos de PMA, bem como para se equilibrar de forma ética os interesses da Ciência e as necessidades e direitos dos indivíduos.

Referências Bibliográficas

BRANCO, Mariana, “Não vai nascer nenhum bebé de barriga de aluguer em Portugal”, publicado no portal eletrónico S/Portugal, em 09.06.2018, texto disponível em https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/nao-vai-nascer-nenhum-bebe-de-barriga-de-aluguer?ref=DET_relacionadas_portugal [07.07.2018].

CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GUIMARÃES, Maria Raquel, “‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, pp. 107-126.

MOTTA, Kátia Borges, *Direitos reprodutivos, direitos humanos e bioética: repercussões éticas e jurídicas do projeto monoparental feminino*, 2007, texto disponível em <http://www.repositorio.jesuista.org.br/handle/UNISINOS/2399> [03.01.2017].

NETO Luísa, e PEDRO Rute Teixeira (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, 2017.

OTERO, Paulo, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política*, n.º 1, 2012, pp. 82-91.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Filhos de Pai Anónimo no Século XXI!”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, pp.41-54.

RAPOSO, Vera Lúcia, e PEREIRA, André Dias, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Lex Medicinae*, n.º 6, 2006, pp. 89-104.

RAPOSO, Vera Lúcia, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação”, in Luísa NETO e Rute Teixeira PEDRO (org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, 2017, pp. 169-188.

REIS, Rafael Vale e, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Lex Medicinae*, n.º13, 2010, pp. 69-93.

REIS, Rafael Vale e, “Deve abolir-se o anonimato do dador de gametas na Procriação Medicamente Assistida?”, in João Loureiro, André Dias Pereira, Carla Barbosa (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. IV – *Genética e Procriação Médica Assistida*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, pp. 159-176.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – CONFLITO ENTRE A ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: HAVERÁ UM CAMINHO?¹

André Gonçalo Dias Pereira²

1. Posição tradicional: proibição da maternidade de substituição

Tradicionalmente, a maternidade de substituição era tida como proibida³. Afirma o artigo 81.º do Código Civil: “1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos *princípios da ordem pública*.” O consentimento para exercer a gestação e dar à luz renunciando an-

¹ Este texto corresponde à intervenção, realizada no dia 5 de dezembro de 2019, no âmbito das *Jornadas Internacionais “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”*, na Escola de Direito da Universidade do Minho, mantendo o tom coloquial e não se alongando em referências bibliográficas.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Diretor do Centro de Direito Biomédico; Vice-Presidente da ALDIS (Associação Lusófona do Direito da Saúde); Investigador Integrado do Instituto Jurídico; *Fellow* do *European Centre of Tort and Insurance Law*; Associação Internacional do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC); Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; Membro da *European Association on Health Law*; Membro da *World Association for Medical Law*; Membro da Associação Internacional de Direito Comparado; Presidente da Comissão de Ética da AIBILI; Membro da Comissão de Ética do Instituto Politécnico de Coimbra; Membro da Comissão de Ética do INMLCF, I.P.; Membro, eleito pela Assembleia da República, para o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (2015-2020). Ciência ID: 951E-7E45-3E7F - andreper@fd.uc.pt.

³ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só uma/ duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

tecipadamente à condição da maternidade da criança nascida configurava uma *violação da ordem pública*, em duas vertentes: (1) a ordem pública dos direitos de personalidade que impede a remuneração da gestação de substituição e, mesmo quando configurada como negócio gratuito, (2) a ordem pública do direito da filiação, que se baseia na regra da correspondência entre a maternidade biológica e a maternidade jurídica. Essa solução proibicionista viria a ser plasmada no artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁴.

2. A criminalização da maternidade de substituição onerosa

No plano criminal, a Lei n.º 32/2006 estabelecia uma distinção entre a maternidade de substituição onerosa (a *concretização* de contratos e a sua *promoção*), que era punida com pena de prisão ou de multa, e a gratuita, que era criminalmente irrelevante⁵; daqui se infere que o juízo de censura social sobre a maternidade de substituição gratuita era menos gravoso do que a realizada a título oneroso.⁶

A proibição da limitação de direitos de personalidade, quando ligados à própria integridade física, a título oneroso⁷, é coerente com o “princípio da não mercantilização de bens indisponíveis” (Boaventura de Sousa Santos).⁸ Também Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹ afirmam que o princípio é o da *indisponibi-*

⁴ Artigo 8.º (Maternidade de substituição): “1—São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2—Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3—A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

⁵ “Artigo 39.º (Maternidade de substituição) 1 — Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. 2 — Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.”

⁶ No Ac. N.º 101/2009 do Tribunal Constitucional afirma-se: “Ora é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio da fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosas».

⁷ Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, 1999, p. 30 e ss. questiona essa proibição.

⁸ Boaventura de SOUSA SANTOS, “Por uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, out. 2002, p. 237-280.

⁹ J. J. GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 457.

lidade do próprio corpo, o qual tem como corolário lógico o “princípio da não venalidade o corpo” ou, nas palavras de João Carlos Loureiro, o “princípio da não venalização do corpo humano”¹⁰. Numa palavra, a economia de mercado não pode, não deve entrar em todos os domínios da vida humana¹¹.

Tal princípio está plasmado, no direito positivo, ao mais alto nível da pirâmide normativa. Destaca-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), cujo artigo 3.º prevê o *direito à integridade do ser humano*, prescrevendo: “no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: c. *A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro.*” Também assim, sob a égide do Conselho da Europa, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHB) prevê a proibição de obtenção de lucros (artigo 21.º): “O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros”. Este vetor principiológico tem raízes no princípio da dignidade humana, como referido no *Explanatory Report* da Convenção de Oviedo.¹²

A proibição de remuneração – no fundo “*a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro*” – verifica-se em outros domínios da biomedicina. Em matéria de ensaios clínicos de medicamentos, prevê o artigo 6.º, n.º 1, al. h) da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, a exigência de não serem “concedidos quaisquer incentivos ou benefícios financeiros, sem prejuízo do reembolso das despesas e do ressarcimento pelos prejuízos sofridos com a participação no estudo clínico”. A doação entre vivos para transplante de órgãos e tecidos – prevista na Lei n.º 12/93, de 22 de abril (com atualizações) – é realizada, na mesma senda, com base num princípio da *gratuidade*¹³.

No plano da União Europeia, o Tribunal de Justiça afirmou também a proibição de patente de células de origem humana embrionária. Assim, no caso C-34/10 “*Oliver Brüstle v Greenpeace e.V.*”, de 19 de outubro de 2011, o Tribunal do Luxemburgo “conclui que a investigação científica que implique a utilização de embriões humanos não pode beneficiar da proteção do direito das patentes”.

¹⁰ João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera genética humana*, Coimbra, FDUC, 2003, p. 509.

¹¹ Sobre esta matéria, vide André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 66 ss.

¹² 131. “This article applies the principle of human dignity set forth in the preamble and in Article 1.”

¹³ Artigo 5.º, n.º 1: “A dádiva de órgãos, tecidos e células, para fins terapêuticos ou de transplante, não pode, em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização.”

Ora, sem patente, não há proteção jurídico-económica; filia-se esta decisão no mesmo “*princípio da não venalização do embrião humano*”¹⁴.

3. A gestação de substituição altruística

Na última década, em Portugal, verificou-se um movimento no sentido de abrir a porta à maternidade de substituição, a título gratuito, e em benefício de casais em que a mulher padeça de uma doença que a impeça de levar a cabo a gestação. Assim aconteceu com projetos de lei apresentados em 2012, com o parecer do CNECV em 2012, com as tomadas de posição do CNPMA e, muito especialmente, com as votações da Assembleia da República em 2016, 2017 e 2019 em que, por maiorias expressivas, se pretendia legalizar e regulamentar este controverso método de procriação assistida. Vejamos.

Depois de o CNPMA ter promovido o debate e a abertura legal à prática desta técnica, no final da década passada, verificou-se uma forte vontade política de legalizar a prática, havendo quatro partidos com projetos de lei sobre a matéria. Os projetos do PS (Projeto de Lei 131/XII - *sobre exceções à proibição de recurso à maternidade de substituição*) e do PSD (Projeto de Lei n.º 138/XII - *altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida*) foram remetidos à Comissão competente, sem aprovação na generalidade e não voltando a ser submetidos a votação final; já os Projetos do Bloco de Esquerda¹⁵ e de um Grupo de Deputados do Partido Socialista (Juventude Socialista)¹⁶ não mereceram aprovação na votação na generalidade. O ponto comum entre todos é o de que se mantinha a *proibição da gestação de substituição onerosa*.

O Parecer n.º 63/CNECV/2012 aceitou eticamente a gestação de substituição com requisitos exigentes. É este parecer que introduz o *nomen* ‘gestação de substituição’. A semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética. O CNECV considerou que a expressão “maternidade de substituição”, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica. O CNECV optou pela expressão gestação

¹⁴ Cf. Alexandre Dias PEREIRA, «Human genes as biotech corporate assets? Nature, morals and the role of intellectual property in healthcare innovation», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 87, 2011, pp. 213-242.

¹⁵ Projeto de Lei n.º 122/XII/1.ª garante o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida (PMA) e regula o recurso à maternidade de substituição, procedendo à segunda alteração à lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

¹⁶ Projeto de Lei n.º 137/XII - Segunda Alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho, alargando o âmbito dos beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva.

Este Parecer do CNECV aceitou, *excepcionalmente*, a gestação de substituição desde que a lei garanta a observância da totalidade das condições seguintes: (...) 2. *O consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto.* Neste caso, a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz. Assim, desde 2012, tem sido doutrina do CNECV a defesa do critério *intencional e genético*, que viria a ser seguido pela Assembleia da República em 2016, 2017 e 2019. Nestas leis – que acabariam por ser declaradas inconstitucionais – pressupunha-se o *consentimento da gestante* até ao início dos procedimentos de PMA.

Tem-se tratado, porém de uma “gestação” muito difícil... A Lei da Assembleia da República de 13 de maio 2016 (Decreto N.º 27/XIII, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) contou com o veto político do Presidente da República no dia 7 de junho de 2016¹⁷.

Logo de seguida, o Parlamento aprovaria um novo diploma, que seria promulgado pelo Presidente da República: a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto de 2016. No entanto, só em 2017 é que foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, tendo alguns casais dado início a processos junto do CNPMA.¹⁸

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 225/2018, declarou, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, inconstitucional o regime aprovado, embora salvaguardando os efeitos da lei, havendo notícia de um caso completo

¹⁷ Disponível em: <<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=108689>>. Nas palavras do Presidente: entendo dever a Assembleia da República ter a oportunidade de ponderar, uma vez mais, se quer acolher as condições preconizadas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, agora não consagradas ou mesmo afastadas”. Ora, se este veto se enquadra no chamado “veto político”, com efeito ele tem alguma dimensão de “veto institucional”, na medida em que o Presidente não invoca a sua consciência ou ideologia, mas antes o facto de a Assembleia da República não ter ponderado devidamente as recomendações do CNECV.

¹⁸ Como se afirma no preâmbulo: “A referida lei estabelece assim as condições em que é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excecionais e com requisitos de admissibilidade estritos. Neste sentido, o recurso à gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre sujeito à celebração de contratos de gestação de substituição, que depende de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e audição prévia da Ordem dos Médicos.”

de substituição de gestação em Portugal ao abrigo dessa lei, sendo a gestante mãe da beneficiária¹⁹.

Em julho de 2019, verifica-se uma nova aprovação parlamentar, mas de imediato o Presidente da República requer a fiscalização preventiva da sua constitucionalidade, tendo a decisão sido conhecida em setembro, através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 (publicado no Diário da República de 18 de outubro)²⁰, no qual este, mais uma vez, declara a inconstitucionalidade da nova versão da lei.

4. O consentimento antes do início dos procedimentos e antes da entrega da criança – direito de arrependimento

O Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 225/2018 não declara a inconstitucionalidade do método *em si mesmo*. Merece destaque o facto de um tribunal superior admitir expressamente a validade deste método de PMA²¹, embora não nos termos propostos pelo legislador. Entende o TC que a gestante não podia ser impedida de, durante a gravidez, mudar de ideias e revogar o contrato pelo qual prescindiria de todos os direitos sobre a criança. Impedir a mãe biológica de desistir desse contrato, querendo afinal ficar com a criança e não a entregar ao casal beneficiário, seria uma “violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família”.

A possibilidade de revogação do consentimento antes de iniciarem os procedimentos de PMA, isto é, antes de se iniciar a gestação de substituição é

¹⁹ V. Ana MAIA, “Uma avó que vai emprestar o útero à filha para que esta possa ser mãe”, in *Público*, 29 de maio de 2018, disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/05/29/sociedade/noticia/so-um-processo-de-gestacao-de-substituicao-se-mantem-activo-1832483>>.

²⁰ “Pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa”.

²¹ Afirma o Tribunal Constitucional: “A gestação de substituição tem, por isso, uma *relevância constitucional positiva*, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar”.

insuficiente;²² é necessário que a gestante possa revogar o seu consentimento mesmo após o nascimento.²³

O Projeto de Lei de 2019 concedia à gestante o direito de arrependimento após o nascimento da criança, o que veio a ser criticado pelo CNECV – Parecer 104/CNECV/2019, em especial, o facto “de permitir a revogação do consentimento da gestante até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida, implicando a possibilidade de frustração de realização do projeto parental, mesmo depois de ter sido iniciado o procedimento terapêutico”²⁴. Não me revejo nestas considerações. Esta solução – propugnada pelo Tribunal Constitucional – colocará irremediavelmente em causa o superior interesse da criança? Vejamos:

1) Se, após devida seleção, acompanhamento e livre consentimento, a mulher gestante decidir confirmar a entrega da criança ao casal beneficiário, terá sido promovido o *valor ético do altruísmo e da solidariedade*, concretizando-se um direito fundamental à constituição de família (artigo 36.º da Constituição da

²² Neste sentido, no breve texto Fernanda ALMEIDA/ André DIAS PEREIRA, “*Barrigas de aluguer: uma precipitação legislativa*”, Público, 6 de agosto de 2016, defendíamos [*embora o jornal tenha eliminado esse parágrafo!*] que o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil deveria ser mobilizado na interpretação das normas previstas da referida lei, ou seja, “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável (...)” “Negar este caminho interpretativo, significaria transformar o corpo (o útero) da mulher num objeto que permite a prestação de serviços, que culminam com a obrigação de entrega da criança... qual Agar, a *escrava* de Abraão e de Sara... Sublinhamos, a *escrava*...” No fundo, a eliminação do *direito à revogação do consentimento* configuraria uma violação da dignidade humana. O Tribunal Constitucional viria a superiormente afirmar esta tese.

²³ De certa forma, o TC terá em vista o modelo em vigor no Reino Unido. Cf. Surrogacy Arrangements Act 1985 1985 CHAPTER 49, designadamente a norma, inserida em 1990: “1 A - No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.” (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>)

²⁴ O Parecer 104/CNECV/2019 (Parecer sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição), emitido em abril de 2019, critica o critério gestacional. O CNECV é de parecer que alterações projetadas em função do consentimento da gestante:

a) expõem os riscos do contrato de gestação de substituição, porventura acentuando e reforçando os seus aspetos negativos e criam questões éticas novas, sobretudo num ponto importante do regime legal: *o de permitir a revogação do consentimento da gestante até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida, implicando a possibilidade de frustração de realização do projeto parental, mesmo depois de ter sido iniciado o procedimento terapêutico*. b) ao permitir a desvinculação imotivada da gestante, desvirtuam o equilíbrio encontrado para o contrato e o enquadramento ético do mesmo, fundado na solidariedade e altruísmo da gestante, nos termos da lei geral; (...) e) relativizam o interesse da criança que virá a nascer, na medida em que o desfecho do projeto e o destino da criança são incertos; f) desatendem completamente os direitos dos autores do projeto parental e dador(es) de gâmetas, no caso de revogação do contrato de gestação pela gestante.

República), sem que se descortine um sacrifício dos direitos da criança, agora nascida e com origem genética no casal²⁵ que a acolhe e a educará;

2) Se, pelo contrário, a mulher gestante assumir a sua maternidade, teremos naturalmente uma solução grave para o casal, mas a criança não fica inteiramente desprotegida, pois tem a sua relação de filiação materna estabelecida *a priori*, e a linha paterna também o será nos termos gerais.

Assim sendo, não se afigura uma incerteza tão grave na vida da criança. Ela tem seguramente uma mãe – a que deu à luz. E se se vier a concretizar o projeto parental intencionado, terá um casal beneficiário – com o qual mantém vínculos genéticos – que assumirá a parentalidade.

Todavia, em 19 de julho de 2019, a Assembleia da República aprovou uma nova lei que não alterou esta exigência de direito de revogação do consentimento, *embora tenha melhorado muito a redação*.

Vale a pena rever os *novos requisitos* aprovados por esta Lei de julho de 2019:

- i A lei da gestação de substituição aplica-se apenas “a cidadãos nacionais e a apátridas e estrangeiros a viver em Portugal”. O diploma Lei quer evitar uma grande afluência de um “turismo reprodutivo”; mas pode colocar-se em questão se tal limitação viola o direito da União Europeia, designadamente o princípio da liberdade de prestação de serviços. Avanço, desde já, que esta matéria, mormente por força da opção não contratual do Tribunal Constitucional, não se deve enquadrar no âmbito dos serviços, mas antes de uma nova forma de estabelecimento da filiação, pelo que os princípios jurídicos do mercado único não deverão perturbar a regulamentação nacional destas matérias de direito da filiação e bioética.
- ii A lei apenas se aplica nos casos em que a beneficiária padeça de ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Alguns objetarão que a lei discrimina injustificadamente os casais masculinos homossexuais ou mesmo os homens que desejam realizar um projeto de parentalidade individual. Sou de parecer que, nesta fase de maturação do problema, a lei apenas deve cumprir os desígnios para que foi concebida no início da década: fazer face aos problemas de infertilidade da mulher (do casal).²⁶

²⁵ Nos termos dos projetos de lei terá que haver pelo menos gâmetas de um dos elementos do casal beneficiário. Por outro lado, está vedada qualquer participação de gâmetas da mulher gestante e/ou do seu eventual marido.

²⁶ Com a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, abriu-se a porta ao projeto maternal individual. Já tive oportunidade de me pronunciar criticamente sobre essa lei que, curiosamente, mereceu pouca

- iii Exige-se que a gestante já tenha sido mãe, o que me parece um requisito relevante, pois só assim estamos perante um consentimento verdadeiramente esclarecido sobre o sentido e alcance da decisão de levar a cabo uma gravidez, dar à luz uma criança e passar pelo pós-parto. Acrescentaria que fosse mãe de filho vivo, para evitar qualquer tipo de substituição psicológica face ao drama da morte de um filho.
- iv No plano processual, para além da autorização do CNPMA, exige-se a audição da Ordem dos Médicos, parecer da Ordem dos Psicólogos (sobre a aptidão da gestante e dos beneficiários) e há uma regulação pormenorizada do contrato escrito.²⁷

Como referido, a 26 de agosto de 2019, o Presidente Marcelo Rebelo de Sousa considerou que o Parlamento não resolveu a inconstitucionalidade detetada pelo TC. Em sede de fiscalização abstrata preventiva, em setembro de 2019, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 pronuncia-se pela inconstitucionalidade da nova versão da lei. O TC, em grande medida desonerando-se do ónus de argumentação ao invocar que a questão havia sido substancialmente analisada na decisão de 2018, funda-se na inexistência da possibilidade de revogação do consentimento *a posteriori* ou, por outras palavras, na não consagração de um direito de arrependimento.²⁸

reflexão ou contestação por parte da comunidade em geral. Lei essa que, a meu ver, no plano da linha de continuidade do direito da filiação e do próprio enquadramento antropológico da procriação mereceria muito mais espanto quicá do que uma cuidadosa e limitada regulamentação da maternidade de substituição. Com efeito, desde há mais de 100 anos o direito da filiação tem feito um caminho no sentido de proteger a criança, procurando que seja determinadas ambas as linhas de filiação e que os pais sejam cada vez mais envolvidos no cuidado, sustento e educação das crianças, acabando-se com a “chaga dos filhos de pai incógnito”... que em 2016 se reabriu em nome de um direito das mulheres (!) (não dos homens) a constituir família... Vide André Dias PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI”, in NETO, Luísa/ PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida, Actas do Seminário Internacional*, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, Projecto FCT UID 443_CIIJE (ISBN: 978-989-746-154-5), pp.41 e ss. Cf. ainda PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Número 8, febrero de 2018, pp. 32-47).

²⁷ Vera RAPOSO, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder).” *Revista do Ministério Público*. Nº 149 (jan./mar. 2017), p. 9-51, apresenta contributos importantes para fazer face às dificuldades de regulamentação deste regime.

²⁸ Cf. a oportuna análise de Rafael VALE E REIS, “Gestação de substituição: a arte de procrastinar”, in *Público*, 29 de agosto de 2019, disponível em: <<https://www.publico.pt/2019/08/29/sociedade/opiniao/gestacao-substituicao-arte-procrastinar-1884682>>.

5. Critério gestacional vs. critério intencional e genético

Encontramos dois modelos em debate. O CNECV (2012, 2017 e 2019) e Assembleia da República (em 2016, 2016 e 2019) têm optado, no que respeita ao critério de determinação legal da maternidade, pela prevalência da chamada vinculação intencional e genética. O Tribunal Constitucional exige que seja cumprido o critério gestacional.²⁹

Trata-se de opiniões profundamente divergentes. O CNECV e o Parlamento seguem maioritariamente o critério genético e intencional, tendo por fundamento o respeito pelo projeto parental do casal e o superior interesse da criança que exige a máxima *segurança jurídica*. Já o Tribunal Constitucional apoia (maioritariamente) o critério gestacional, fundado na *dignidade da mulher gestante*, designadamente no direito ao desenvolvimento da personalidade, e o direito a constituir família.

Alguns Autores vêm entendendo que é impossível fazer uma legislação coerente que atenda a todos os interesses e valores em conflito nesta complexa técnica³⁰. Não partilho desta opinião.

6. Um caminho difícil e excecional para a gestação de substituição: uma nova forma de estabelecimento da filiação e não um contrato (gratuito) de prestação de serviços

²⁹ Seguindo Tim BAYNE e Avery KOLERS, *apud* Parecer 104/CNECV/2019, o vínculo gestacional assenta no facto de a gravidez e o parto constituírem, por si só, uma ligação única que obriga a que os interesses e os desejos da mulher gestante sejam priorizados em relação a todos os outros. É interessante notar que quem sustenta a importância deste vínculo considera que o termo “gestação de substituição” é ambíguo e enviesado, pois separa, artificialmente, gravidez e maternidade, considerando, de forma simplista, ser possível “transportar um bebé” sem estabelecer com este qualquer espécie de vinculação. O critério genético dá importância fundamental à ligação genética, considerando que o uso de material genético de pelo menos um dos membros do casal que solicita o uso da técnica será condição necessária e suficiente para determinar a sua paternidade/maternidade. Este critério, se não estiver intimamente associado ao vínculo intencional, ou seja, o desejo de ter um filho, poderá incorrer em contradição com a possibilidade de recurso a gâmetas de dadores. Assim, quem entende que este critério deverá prevalecer, normalmente, apresenta o critério da vinculação genética e intencional como condições necessárias e suficientes para a atribuição da paternidade/maternidade.

³⁰ Ana Sofia CARVALHO, “Novela interminável ou a impossibilidade de uma lei”, in *rr.sapo.pt*, 27 de março de 2019, disponível em: <<https://rr.sapo.pt/2019/03/27/ana-sofia-carvalho/novela-interminavel-ou-a-impossibilidade-de-uma-lei/artigo/145843/>>; Rita LOBO XAVIER, in *Estudos de Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2019. Já antes das pronúncias do Tribunal Constitucional, cf. Margarida SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, in *Revista Julgar Online*, Janeiro de 2017.

A sociedade portuguesa tem revelado uma tolerância significativa face a este método de procriação, como se pode confirmar pelas duas votações na Assembleia da República em 2016 (Decreto n.º 27/XIII e Decreto n.º 37/XIII da Assembleia da República), pela promulgação pelo Presidente da República da Lei de 30 de julho de 2016 ou pelo próprio Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, que não declara a inconstitucionalidade do método *em si mesmo*. O próprio CNECV admitiu em 2012 (Parecer 63/CNECV/2012) e em 2016 (Parecer 87/CNECV/2016) a regulação desta figura, em termos muito delimitados.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem admitido – em nome da proteção do *superior interesse da criança* – a eficácia *ex post factum* deste método. A 10 de abril de 2019, foi publicada pela *Grand Chamber* deste Tribunal a *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation* (Request No. P16-2018-001).

Aí se reforça que os Estados-Parte (mesmo que proibam este método gestacional) devem assegurar o *reconhecimento da relação de filiação* com os membros do casal (designadamente a mãe intencional [mesmo não sendo mãe uterina, nem mãe genética]), quando gerado através de gestação de substituição num país terceiro. Deve evitar-se a descrição dos pormenores do processo, no âmbito do registo civil, apontando o caso paralelo da adoção.³¹

³¹ Síntese do seguinte texto: “The Court found that States were not required to register the details of the birth certificate of a child born through gestational surrogacy abroad in order to establish the legal parent-child relationship with the intended mother, as adoption may also serve as a means of recognizing that relationship. It held in particular that, in a situation where a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognized in domestic law, 1. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”; 2. the child’s right to respect for private life does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used.”, acessível em <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf>.

7. Direito comparado: Europa – proibicionista? vs. Brasil - permissivo

Na Europa ainda é dominante a perspetiva proibicionista, em especial em países como a Espanha, Itália,³² França e Alemanha. Esta visão contrária à gestação de substituição encontra eco, não apenas no pensamento conservador, mas também em linhas feministas progressistas, tendo alcançado um momento importante de afirmação com a Resolução do Parlamento Europeu 2015/2229 (INI) de 17/12/2015, que prevê:

“115. Condena a prática de gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos.”

A França está a finalizar um processo de revisão das leis de bioética. O projeto de lei do Governo foi adotado pela Assembleia Nacional, em primeira leitura, com modificações, a 15 de outubro de 2019. Para suportar a sua proposta, os autores do Projeto de Lei invocam os trabalhos do CCNE francês, que lançou em 2018 os “*Estados Gerais de Bioética*”³³, para avaliar as expectativas gerais da sociedade sobre os novos avanços tecnológicos.

O Projeto alega um equilíbrio entre três eixos: respeito pela dignidade da pessoa, livre escolha dos cidadãos e solidariedade. Em regra veio liberalizar o regime jurídico da PMA, designadamente: (1) amplia o acesso a casais de mulheres

³² Reiterando uma posição vincadamente contrária à maternidade de substituição, recentemente a Corte de Cassação italiana decidiu, a 8 de maio de 2019, impedir a transcrição registral do vínculo de maternidade estabelecido no estrangeiro, obrigando a que se proceda a um processo de adoção da criança nascida através de gestação de substituição no país estrangeiro. O Advogado do casal avançou que iria recorrer para o TEDH, onde possivelmente obterá ganho de causa, pois, como vimos, o TEDH emitiu uma opinião clara de 10 de abril de 2019.

Leia-se a decisão da *Cassazione civile, sez. un., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193* – “Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come *principio di ordine pubblico*, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali *la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione*; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, *quali l’adozione in casi particolari*, prevista dalla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d).”

³³ <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/>

e mulheres solteiras (alteração do paradigma clínico); (2) prevê a autopreservação de gâmetas, quer para mulheres quer para homens; (3) as crianças nascidas de PMA heteróloga terão direito a informação sobre alguns dados do doador de gâmetas («*des données non identifiantes (âge, caractères physiques...), soit à l'identité du donneur s'il l'autorise*»), os quais são fornecidos por uma entidade que centraliza e gere a informação; (4) estabelece a possibilidade de filiação por declaração antecipada de vontade - casais de mulheres; (5) regula a doação de células estaminais ou órgãos hematopoiéticos. Todavia, apesar deste tónus liberalizante³⁴, *mantém-se a proibição da gestação de substituição*.

Na Europa, encontramos exceções, designadamente na Grécia e no Reino Unido (gestação altruística). Numa perspetiva de abertura à gestação de substituição onerosa, conhecem-se os ordenamentos jurídicos da Ucrânia, Rússia, Geórgia, entre outros.³⁵

No Brasil, esta matéria encontra-se regulada pela Resolução CFM nº 2.168/2017. Aí se define a *gestação* como a possibilidade de cessão temporária do útero para *familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente*.³⁶

As pessoas solteiras (independentemente do sexo e da orientação sexual) também passam a ter direito a recorrer a cessão temporária de útero.

A Resolução aceita ainda a gestação compartilhada nos casos de união homoafetiva feminina: o embrião obtido a partir da fecundação de oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira, ainda que não exista diagnóstico de infertilidade.

Finalmente, no ponto sobre que refletimos neste artigo, no Brasil segue-se o *modelo intencional*, devendo o contrato escrito prever com rigor o destino da criança após o seu nascimento.³⁷

³⁴ Como se compreende pela apreciação feita pelo porta-voz da associação *Alliance Vita*, Tugdual DERVILLE: « *Avec ce texte, et après des Etats Généraux alibi, dont on n'a aucunement tenu compte, c'est l'ensemble du dispositif bioéthique français qui basculerait dans la dérégulation. L'encadrement de la PMA et celui de la recherche sur l'embryon posé par les précédentes lois bioéthiques volerait en éclat* ». Disponível em: <<https://www.alliancevita.org/bioethique/loi-bio-ethique-2019-2020-aspects-generaux/>>.

³⁵ Miguel OLIVEIRA DA SILVA, *Eutanásia, Suicídio ajudado, Barrigas de aluguer – Para um debate de cidadãos*, Caminho, 2017, p. 158 apresenta relevantes informações sobre a situação da gestação de substituição no direito comparado, incluindo sobre o “mercado” das barrigas de aluguer e critica este fenómeno.

³⁶ Até então, de primeiro a quarto graus, somente a mãe, a avó, a irmã, a tia e a prima podiam participar em processos de gestação de substituição. Com a mudança na regra, a filha e a sobrinha também podem ceder temporariamente os seus úteros.

³⁷ Transcrevemos o texto da Resolução. O artigo VII, sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero) explica: “As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde

8. A mãe de aleitamento: a mulher gestante como sujeito e não como instrumento

Proponho agora um olhar ao nosso redor e realizar um diálogo de culturas e de institutos jurídicos.

A mãe de aleitamento está prevista no direito islâmico sunita³⁸; trata-se da *Raḍā'* ou *riḍā'a*. Este instituto da *jurisprudência sunita* estabelece *impedimentos nupciais*, quer entre a mãe de aleitamento e as crianças aleitadas, quer entre as próprias crianças. Esta mulher ocupa um lugar *digno* na vida da criança aleitada e mesmo depois da criança ser adulta (mesmo do sexo masculino) tem direitos de visita privada (ou seja, sem que a mulher tenha que estar coberta) à sua “mãe de aleitamento” e à sua família (incluindo mulheres: filhas, netas), *como se* mantivesse uma *relação consanguínea*.

Este apontamento é relevante e adequado. Veja-se que nesta orientação religiosa, esta mulher que aleitou a criança não é considerada uma mera serviçal, instrumentalizada por um *contrato de prestação de serviços*, em que limitou voluntariamente os seus direitos de personalidade. Ela ocupa um papel no âmbito não do direito dos contratos, mas do direito da família.

A *qualificação jurídica* desta relação é afinal o nó górdio da solução deste dilema ético!

Penso que é esta a mensagem do Tribunal Constitucional. A mulher gestante não pode ser instrumentalizada ao aceitar submeter-se a um *contrato* vinculativo, pelo qual abdicaria antecipadamente dos seus direitos de maternidade. Uma gestação de substituição – sem anonimato (o que também esteve em discussão em 2018) – com direito de revogação do consentimento, em que a gestante, de algum modo, *também se envolve naquele projeto parental*.³⁹

que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
(...)

3.3. *Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; (...)*

³⁸ Note-se que no direito islâmico sunita e na esmagadora maioria dos países islâmicos, a gestação de substituição é proibida. Já não assim na República islâmica do Irão, onde prevalece a orientação islâmica xiita.

³⁹ Afirma o TC: “(...) a gestante e os beneficiários comprometem-se reciprocamente num *projeto* que em muitos aspetos essenciais é *partilhado* por todos (cf. *supra* o n.º 24). E a motivação principal da intervenção da gestante não pode deixar de ser a resposta a um impulso de altruís-

Uma relação jurídica complexa entre os beneficiários, a gestante e a criança nascida, que se estabelece afinal no domínio do direito da família e não no terreno do direito dos contratos.

Será aplicável em casos muito raros; muitas vezes apenas será possível dentro da própria família. Mas não foi exatamente para casos excepcionais e fundados na ótica de compaixão pelos casais que padeciam de problemas de saúde do foro uterino que se quis abrir esta porta?

Esta situação é, na prática, a que se verifica com a doação de órgãos *inter vivos*. Apesar de a Lei ser, desde 2007⁴⁰, muito generosa, reconhecendo o *direito à autodeterminação bioética*,⁴¹ a prática revela que são quase inexistentes os casos de doação de órgãos não regeneráveis por parte de não familiares.

9. Mais liberdade, com mais responsabilidade

A procriação medicamente assistida tem sido fonte de múltiplos dilemas éticos e jurídicos. Desde que, em 1978, nasceu a primeira criança fruto de FIV, dando início às técnicas modernas de “procriação artificial”, continuamos sem regras assentes, mas procurando ir ao encontro das aspirações dos casais e das pessoas, com respeito pelos princípios constitucionais. O rumo, parece-me, tem sido no sentido de cada vez mais liberdade, com dilemas cada vez mais complexos.

mo, de solidariedade para quem, apesar de o querer e de eventualmente até dispor de parte do material genético indispensável para o efeito, não pode ter filhos por falta de útero ou devido a lesões ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Ou seja — e este é já um segundo aspeto — a gestante aceita participar no projeto, porque *quer entregar-se à tarefa de ajudar outros* a superar dificuldades que estes só por si não são capazes de ultrapassar”. “Nesta medida, a gestante de substituição atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade. Consequentemente, a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva-a igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação. Deste modo, a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada; pelo contrário, a sua participação na gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade (...).”

⁴⁰ Lei n.º 22/2007, de 29 de junho.

⁴¹ Cf. Nuno Manuel PINTO DE OLIVEIRA “Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana” in *Lex Medicinæ*, n.º 2, 2004; André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 561.

A gestação de substituição revela-se um “*hard case*” entre a igualdade a responsabilidade – parafraseando o título feliz deste Congresso.

Do lado da *igualdade*, encontramos o direito a constituir família (artigo 36.º da CRP) e o direito a dispor do próprio corpo de forma altruísta e benéfica (enquanto dimensão do direito ao desenvolvimento da personalidade, plasmado no n.º 1 do artigo 26.º da CRP).

Do lado da *responsabilidade*, encontramos o princípio do superior interesse da criança e a não instrumentalização da mulher gestante (ancorado no artigo 1.º da Constituição República, princípio da dignidade da pessoa humana).

O Tribunal Constitucional, em 2018, definiu algumas regras firmes, designadamente no domínio do regime de direito ao conhecimento da origem genética do dador e da necessidade de um direito a revogar o consentimento. Em 2019, o Tribunal Constitucional – quase numa lógica de “caso julgado” – manteve a sua leitura da inconstitucionalidade do modelo da vinculação intencional ou genética. Uma lei futura sobre a gestação de substituição terá que respeitar o direito ao arrependimento (direito à revogação do consentimento) por parte da mulher gestante.

Apesar de, em abstrato ser difícil um desenho perfeito da regulação dos potencialmente contraditórios interesses em causa, penso que será possível a existência de constelações fáticas que, se não garantam, pelo menos criem uma *forte convicção* de que o processo irá decorrer com serenidade e em que, após o parto, a mulher gestante possa reiterar a sua *vontade altruística* de contribuir para o *projeto parental* do casal que deu origem *intencional e genética* (pelo menos em parte) a esta criança. Realidades concretas em que, em razão da proximidade existencial e da competente *seleção e acompanhamento médico e psicológico* da gestante e do casal se consiga ter uma probabilidade forte de que a criança nasça e – por respeito à dignidade da mulher – após um o exercício do direito à revogação do consentimento – se crie esta nova forma de filiação.

Caminho este que levaria esta forma de estabelecimento da filiação para um regime mais próximo da *adoção* do que de uma “filiação por contrato” (que seria estranha no nosso sistema de Direito da Família)⁴².

⁴² Um caminho assim delineado aproximar-se-ia do modelo inglês. Sobre este cf. Kirsty HORSEY, “The History and Potential Future of UK Surrogacy Laws”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida, *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal – Atas do Colóquio Internacional*, 22 de junho de 2018, Instituto Jurídico, Coimbra, Dezembro 2018.

10. Há um caminho: respeitar o direito à revogação do consentimento

O Bloco de Esquerda, em finais de 2019, apresentou novamente um projeto, em que prevê, no n.º 9 artigo 8.º:

“No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei, com exceção do previsto no n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável que *nos casos de gestação de substituição pode acontecer, por vontade da gestante, até ao final do prazo legalmente previsto para o registo da criança nascida.*”

Ou seja, o “direito de arrependimento” ou a revogação livre do consentimento poderá acontecer nos primeiros 20 dias após o nascimento da criança.⁴³

Alguns – como Rafael Vale e Reis⁴⁴ – consideram este prazo curto, preferindo o modelo inglês que aponta para um prazo de seis meses para se pedir a “parental order”⁴⁵.

Em nome da segurança jurídica,⁴⁶ do fortalecimento dos laços emocionais entre a criança e o casal beneficiário, não nos parece desproporcionado que o processo se conclua nos primeiros 20 dias, assim também assegurando alguma proteção da saúde da gestante, quer a saúde física (relativo ao processo de aleitamento), quer da saúde mental, pois manter um vínculo durante seis meses com a criança e depois ver-se privada da sua maternidade poderia ser mais violento do que uma transição mais breve.

⁴³ Artigo 96.º do Código de Registo Civil.

⁴⁴ Como escreve Rafael VALE E REIS, *op. cit.*, “os Deputados deveriam ter consagrado um prazo, entre as 6 semanas e alguns meses após o parto, que permitisse uma intervenção judicial ou administrativa que enquadrasse (e até procurasse afastar) uma eventual pretensão de arrependimento da gestante, ou uma qualquer vicissitude ligada ao casal beneficiário que o impeça de receber a criança.”

⁴⁵ “From 4 July 2019 you must apply within 6 months of the child’s birth.”, disponível em: <<https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors/become-the-childs-legal-parent>>.

⁴⁶ Esta solução evita os problemas ao nível do estabelecimento da paternidade, sobretudo quando a mulher gestante for casada. Nesse caso, a presunção de paternidade do n.º 1 do artigo 1826.º não se aplicará apenas se a mulher que deu à luz declarar que o filho não é do marido, nos termos do n.º 1 do artigo 1832.º (Não indicação da paternidade do marido). Ora, isto pressupõe uma situação de paz jurídica entre a mulher gestante e o casal de beneficiários. Se houver conflito, será necessário que o pai biológico (o marido do casal beneficiário) recorra, nos termos do artigo 1841.º, à ação do Ministério Público, o que implica uma reação rápida, no prazo de 60 dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste do registo.

Por outro lado, esta proposta evita complexidades registais, podendo a criança ter a declaração de nascimento onde, *ab initio*, conste o nome do casal beneficiário. Nesse sentido, o n.º 10 do artigo 8.º proposto prescreve: “*Sem prejuízo do disposto na parte final do artigo anterior, a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários*”.

O direito ao conhecimento da *mulher gestante*, também firmemente afirmado pelo Tribunal Constitucional, poderá ser realizado através de um procedimento junto do CNPMA e não necessariamente junto da Conservatória do Registo Civil.

Nos próximos meses saberemos se a Assembleia da República aprova este caminho. Uma vereda estreita, com muitos riscos, mas que pode conduzir à realização de alguns casais e ao nascimento de algumas crianças, sem instrumentalizar o corpo da mulher gestante.

Há, portanto, um caminho, não isento de riscos, não isento de sofrimentos em um ou outro caso, como é próprio do mundo da vida, que permita, salvaguardando a *dignidade da mulher gestante*, atender ao *superior interesse da criança* e permitir a realização do *projeto parental do casal*.

Todavia, o Tribunal Constitucional Português no Acórdão n.º. 225/2018, de 07 de Maio, e no Acórdão n.º 465/2019 declarou inconstitucionais algumas normas da referida lei na sua forma atual, nomeadamente tendo em consideração os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à identidade genética e o princípio da dignidade da pessoa humana da criança nascida e da gestante de substituição.

Assim, com base no desenvolvimento histórico dos direitos reprodutivos e na legislação portuguesa sobre procriação medicamente assistida, este estudo busca

REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS E SUA LIQUIDAÇÃO

*Rita Lobo Xavier*¹

Abstract: No regime da separação de bens, cada um dos cônjuges conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor livremente deles, estando afastada, à partida e em termos teóricos, a necessidade de proceder a qualquer divisão patrimonial no contexto de um divórcio. A disciplina da responsabilidade pelas dívidas comuns do casal ligada a este regime de bens não implica a solidariedade. A existência de deslocações patrimoniais na hipótese em que os cônjuges estipularam o regime da separação de bens é uma decorrência natural da comunhão de vida a que os cônjuges se obrigam no ato fundador do casamento. Em caso de rutura, os cônjuges são confrontados com a dissolução da comunhão de vida e com a forma de gerir as suas consequências patrimoniais. Quando o regime dos cônjuges foi o da separação de bens, pensar-se-ia a «liquidação» como desnecessária, no entanto, a interpenetração patrimonial que ocorre durante o casamento poderá exigir, por exemplo, a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio, impedindo situações de enriquecimento injustificado.

Noutros ordenamentos jurídicos, esta questão designa-se, do ponto de vista conceptual e legal, pela expressão genérica «liquidação do regime de bens» (por exemplo, liquidación del régimen económico matrimonial, em Espanha, ou liquidation du regime matrimonial, em França).

Neste trabalho, demonstra-se que o regime da separação exige frequentemente uma verdadeira e própria «liquidação», designadamente, dirigida à apreciação de transferências ocorridas entre os patrimónios próprios, situações de indivi-

¹ Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto; Centro de Estudos e de Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa.

são, prestações de contas, relações de associação ou de colaboração empresarial, acordos quanto à orientação da vida em comum. A liquidação do regime da separação de bens e a composição dos conflitos emergentes, por vezes, só muito dificilmente é alcançável pela via da propositura de ações judiciais, isoladas e sucessivas, sublinhando-se a necessidade de um enquadramento processual adequado que permita a apreciação de conjunto desta situação.

Palavras-chave: regime da separação de bens – divórcio – consequências patrimoniais do divórcio

Sumário: 1. Enquadramento geral: o problema 1.1. Igualdade entre os cônjuges, autonomia e independência patrimonial e regime da separação de bens: uma associação simplista e simplificadora 1.2. Comunhão de vida conjugal e interpenetração patrimonial 1.3. Divórcio e a cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges 2. A cessação das relações patrimoniais e o regime da separação de bens: os problemas 2.1. «Movimento de despatrimonialização» do casamento e consequências patrimoniais do divórcio 2.2. Estatuto patrimonial do casamento e regime da separação de bens 2.3. Problemas de liquidação do regime da separação de bens: conflitos sobre a titularidade dos bens 2.4. Conflitos sobre a natureza jurídica de deslocações patrimoniais e a caducidade das liberalidades 2.5. Conflitos sobre a contribuição para os encargos da vida familiar e crédito compensatório 2.6. Conflitos entre o cônjuge sobrevivente e outros herdeiros do cônjuge falecido 3. A necessária liquidação do regime da separação de bens e composição dos conflitos emergentes 3.1. Dissolução da comunhão de vida conjugal e liquidação do regime de bens 3.2. Liquidação do regime da separação de bens noutros ordenamentos jurídicos 3.3. Necessidade de um procedimento adequado à liquidação do regime da separação de bens

1. Enquadramento geral: o problema

1.1. Igualdade entre os cônjuges, autonomia e independência patrimonial e regime da separação de bens: uma associação simplista e simplificadora

Nos termos do artigo 1735.º do Código Civil português (CC), o regime da separação de bens possibilita que cada um dos cônjuges conserve o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor livremente deles. A disciplina da responsabilidade pelas dívidas comuns do casal ligada a este regime de bens não implica a solidariedade (artigo 1695.º, n.º 2 CC). Este regime é comumente associado à realização da igualdade entre os cônjuges, na medida em que traduziria a total independência entre os respetivos patrimónios. No entanto, o princípio da igualdade entre os cônjuges é um princípio com consagra-

ção constitucional e legal (arts. 36.º, n.º 3 da CRP, e 1721.º, n.º 1 do CC), que deve realizar-se seja qual for o regime de bens escolhido pelos nubentes ou aplicado por força da lei². O conceito de um regime que reproduza, do ponto de vista patrimonial, a relação conjugal como uma plena comunhão de vida na igualdade, traduzindo a colaboração e o empenho conjuntos durante a vida comum, será porventura até mais adequado se não supuser uma separação absoluta de bens³. A associação entre a realização da igualdade e o regime da separação de bens é simplista e simplificadora⁴. É frequente também pensar-se que a adoção de um regime de separação de bens afastará, à partida e em termos teóricos, a necessidade de se proceder a qualquer divisão de bens no contexto de um divórcio, por exemplo⁵. Cada um dos cônjuges teria conservado a propriedade dos seus bens, gerado, de forma independente, os respetivos rendimentos, alienado ou adquirido bens autonomamente e contraído as suas próprias dívidas, pelo que seria desnecessária uma *liquidação* do regime. A realidade, porém, é bem diferente, sendo numerosas as dificuldades e manifesta a complexidade das operações de

² PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª Edição (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Coimbra, Edição Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 148-149 e 397-399.

³ Sobre a comunhão de vida patrimonial entre os cônjuges e a opção acerca do regime de bens supletivo, cfr. M.ª RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 562-576. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA observam que se «o regime da separação tem o mérito da simplicidade e ainda o de realizar, pelo menos formal e aparentemente, uma mais perfeita igualdade entre os cônjuges (...) em contrapartida, pode dizer-se que o regime da comunhão de adquiridos oferece sobre o da separação a vantagem de fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento» (ob. cit. p. 566).

⁴ Nos tempos mais recentes, apenas houve um projeto parlamentar a propor o regime da separação de bens como regime supletivo (deu entrada em 29.04.2016). Refiro-me ao Projeto de Lei n.º 192/XIII/1.ª Altera o Código Civil, consagrando a aplicação supletiva do regime de bens da separação apresentado pelo grupo parlamentar do CDS-PP, no contexto de alegadas preocupações por adequadas políticas de família, considerando que o regime que melhor salvaguarda os cônjuges e os filhos em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens é o regime da separação de bens (disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/etalheIniciativa.aspx?BID=40289>). Nesta visão simplista, justifica-se a proposta explicando que «como não existem bens comuns, qualquer dos cônjuges evitará ver a sua quota do património comum executada pelos credores do outro cônjuge. Acresce o facto de qualquer dos cônjuges poder pedir, a todo o tempo e com exceção dos casos em que a indivisão tenha sido convencionada, a divisão de qualquer bem adquirido em comum com o outro cônjuge, antes ou depois do casamento».

⁵ Notando, no entanto, que «...a regra de que a partilha se fará de acordo com o regime de bens nem é uma regra do denominado regime patrimonial primário...», ESPERANÇA PEREIRA MEALHA, admite a possibilidade de estipular um regime de divisão dos bens em divórcio diferente do regime de bens do casamento, ESPERANÇA PEREIRA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 144 a 146.

divisão dos patrimónios dos cônjuges, no caso de divórcio, mesmo no contexto do regime da separação de bens⁶.

1.2. Comunhão de vida conjugal e interpenetração patrimonial

A lei não supõe uma total independência dos patrimónios dos cônjuges, antes impõe que a comunhão de vida conjugal (artigo 1577.º CC) se traduza num mínimo de solidariedade manifestada no dever de contribuir para os encargos da vida familiar e na correlativa responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas para acorrer aos encargos normais da vida familiar (arts. 1676, 1 e 1691, n.º 1, b) CC)⁷. Exige-se também um mínimo de organização comum, por exemplo, em matéria de orientação conjunta da vida familiar, referindo-se o dever de os cônjuges se disporem a acordar nesse âmbito (art. 1671.º, n.º 2 CC). No contexto do regime da separação de bens, a natural interpenetração patrimonial que ocorre entre os cônjuges está igualmente patente na presunção legal estabelecida quanto à propriedade dos bens móveis, especialmente dos que tenham sido adquiridos na constância do casamento, determinando-se, em caso de dúvida sobre a sua propriedade exclusiva, que pertencem em compropriedade a ambos (art. 1736.º CC).

1.3. Divórcio e cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges

As relações patrimoniais entre os cônjuges cessam com a dissolução, a declaração de nulidade ou a anulação do casamento (art. 1688.º CC) ou com a separação de pessoas e bens (art. 1795.º- A CC). É costume ligar o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges à partilha dos bens do casal e às operações da partilha dos bens comuns, sequência aliás indicada nas disposições do Código Civil (arts. 1688.º e 1689.º). Nos termos do n.º1 do art. 1689.º, cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, procede-se à partilha dos bens do casal. Igualmente se procede à partilha no caso de ser decretada a simples separação judicial de bens (art. 1770.º CC), ou declarada a ausência (art. 108.º CC) ou a insolvência de qualquer dos cônjuges (art. 141.º, n.º 1, al. b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)⁸. O termo «partilha», em sentido

⁶ Estas dificuldades foram por mim salientadas, há mais de vinte anos (cfr. M^a RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 453, nota 47). A interpenetração patrimonial própria da plena comunhão de vida é evidenciada mesmo quando o regime é o da separação de bens, por isso sublinhava as virtualidades de um regime supletivo que realizasse alguma forma de participação de ambos os cônjuges no património adquirido durante o casamento (*ob. cit.*, pp. 566 a 569, em especial, a nota 119, e pp. 572 a 575).

⁷ Cfr. *idem*, *ob. cit.* p. 445.

⁸ Assim, PEREIRA COELHO e GUILHERME de OLIVEIRA, *ob. cit.* pp. 503-504. Nos termos do art. 740.º, n.ºs 1 e 2 do CPC, quando, em execução movida contra um só dos cônjuges tenham sido penho-

restrito, refere-se somente à adjudicação dos bens que integravam o património comum a cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges, o que pressupõe operações distintas de relacionamento dos bens e de dívidas e de liquidação do património comum, com vista ao apuramento do valor do ativo comum líquido, através do cálculo das compensações e da contabilização das dívidas a terceiros e entre os cônjuges⁹. No entanto, mesmo no contexto de regimes de comunhão, poderá ser necessário proceder a outro tipo de operações, como acontece em face da existência de créditos entre os patrimónios próprios dos cônjuges, por exemplo¹⁰. Pode ter acontecido que um dos cônjuges tenha contribuído com valores próprios para a realização de benfeitorias num imóvel que seja próprio do outro, ou que tenha realizado o pagamento de dívidas da responsabilidade exclusiva do outro. É possível também que sejam de ter em consideração créditos entre os cônjuges que venham a surgir, designadamente, por força de obrigações de indemnizar originada em responsabilidade civil baseada em atos de administração intencionalmente prejudiciais (art. 1681.º, n.º 1, CC), ou em atos de administração praticados contra a vontade do titular dos bens (art. 1681.º, n.º 3, CC); ou, ainda, por força de obrigações de indemnizar originada em responsabilidade por danos não patrimoniais decorrentes da violação culposa de direitos de personalidade do outro cônjuge. Será ainda de referir outros créditos entre os cônjuges, com origem em factos jurídicos negociais — contratos de mútuo, de locação, etc. — a que corresponderá o regime geral dos negócios que lhes dão origem, embora eventualmente acomodado. Este género de situação também ocorre quando o regime de bens é o da separação de bens, não estando previsto, no entanto, nenhum procedimento adequado para resolução dos conflitos emergentes, como é o do processo de inventário.

rados bens comuns, por não se conhecerem bens suficientes próprios do executado, o cônjuge do executado é citado para requerer a partilha ou juntar certidão de que já foi requerida, ficando a execução suspensa até à partilha.

⁹ Processualmente, o termo «partilha» é sempre reservado para designar o meio processual de pôr fim à comunhão conjugal ou hereditária. Tratando-se de «partilha» litigiosa, o processo adequado é o processo especial de inventário, que, neste momento assume duas formas processuais, uma judicial e outra notarial (o processo especial de inventário pode ser da competência exclusiva dos tribunais judiciais, sendo nesse caso observadas as normas do Código de Processo Civil (art. 1082.º, d), 1083.º CPC). Nos restantes casos, pode ser instaurado nos cartórios notariais que pretendam processar inventários, seguindo-se então os termos previstos no anexo à Lei n.º 117/209, de 13 de setembro, em vigor a partir de 1 de janeiro de 2020 (Regime do Inventário Notarial). A partilha por acordo pode ter lugar na conservatória do registo civil se na herança existir algum bem imóvel, ou móvel ou participação social sujeitos a registo (Procedimento simplificado de sucessão hereditária de partilha e Registo – arts. 210.º A, n.ºs 1, 2 c), 3, e 210.º R do Código do Registo Civil).

¹⁰ Sobre a conveniência em distinguir «compensações», em sentido estrito, e créditos entre cônjuges, cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 509.

2. A cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges e o regime de separação de bens: os problemas

2.1. O «movimento de despatrimonialização» do casamento e as consequências patrimoniais do divórcio

As mais recentes mudanças relativas às consequências patrimoniais do divórcio, operadas, há mais de dez anos, pela Lei 61/2008, de 31 de outubro, assentaram na ideia de que o casamento é atualmente encarado como um «acordo sentimental, despojado de interesses patrimoniais» e num alegado «movimento de despatrimonialização do casamento»¹¹. A realidade desses fundamentos e a correlativa «despatrimonialização» do divórcio continuam por demonstrar. Sustentou-se que, tal como o casamento, o divórcio não deveria ser visto como um meio de aquisição de património, como oportunidade de um dos cônjuges se enriquecer à custa do outro. Na altura, fiz notar o divórcio também não deve ter o efeito pernicioso inverso, propiciando situações de empobrecimento ilegítimas que a lei não deve tolerar¹². A interpenetração patrimonial que ocorre durante o

¹¹ Sobre esta ideia de «despatrimonialização», cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 521 (esta página é assumidamente da exclusiva autoria de GUILHERME DE OLIVEIRA que na Nota à 5.ª Edição escreve: «Em grande parte, o texto continua a ser aquele que o Doutor Francisco Pereira Coelho escreveu – e não é esta a melhor garantia para os leitores? Mas, desta vez, todas as atualizações são da minha autoria e responsabilidade; salvo as que dizem respeito aos “limites à aplicação das regras de direito português”, que continuam a beneficiar da competência do nosso colega Rui Moura Ramos (...)). Vejam-se os pressupostos ideológicos das referidas alterações na «Exposição de Motivos» do Projeto de Lei que esteve na sua base (*Diário da Assembleia da República* de 14 de abril de 2008, 2.ª série A, n.º 81). No campo das crises matrimoniais, a aspiração de processos que não agravem os conflitos e evitem a devassa sobre os comportamentos conjugais levou a que alguma doutrina negasse a natureza jurídica dos direitos-deveres assumidos pelos cônjuges no ato fundador do casamento. Não é essa a minha opinião (cfr. «Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio» in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2013 (499-514), pp. 501-502). Na verdade, apesar de o ilícito conjugal culposo ter perdido relevância como fundamento do divórcio, o casamento continua a ser um contrato que gera deveres recíprocos entre os cônjuges (art. 1672.º CC), que representam a concretização da plena comunhão de vida a que se obrigam, nos seus vários e inesgotáveis aspetos. A dimensão afetiva não é o núcleo fundador do casamento como instituição jurídica, mas sim a vontade de assumir os deveres conjugais recíprocos, que aliás são recordados aos cônjuges na cerimónia civil do casamento (artigo 155.º, n.º1, d), do Código do Registo Civil (CRC). O casamento cria uma relação conjugal consubstanciada na “plena comunhão de vida”, “uma *ampla* ou *profunda* interpenetração da vida dos cônjuges” “a mais estreita das relações comunitárias tutelada pelo direito” (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª Edição, 1992, Coimbra Editora, Coimbra, p. 24 e 26).

¹² Na altura escrevi que, se era inquestionável o facto de a relação conjugal pressupor o amor, também não era menos certo que o amor, como tal, é insuscetível de proteção jurídica. «Quando o amor acaba, o que a lei pode tutelar é apenas a confiança que foi depositada num projeto de

casamento poderá exigir a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio para impedir situações de enriquecimento injustificado. Terá havido alguma simplificação na ideia de que o divórcio não deve ser um meio de enriquecer e de que, por isso, deve ser eliminado qualquer «enriquecimento» que tenha ocorrido. Com efeito, a eliminação de um eventual enriquecimento produz sempre a espoliação correspondente e esta não deixa de corresponder a um outro enriquecimento, se se tiver por referência o regime de bens fixado¹³. Está também demonstrada a importância da ponderação global das relações patrimoniais no momento do divórcio, com vista à promoção de um (re) equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, inclusivamente permitindo-se a correção dos resultados finais da aplicação estrita das regras do regime de bens¹⁴.

vida em comum, e que foi concretizado numa comunhão de esforços, sobretudo de ordem patrimonial». Sustentei então que a facilitação da dissolução do casamento não poderia deixar de ir acompanhada do propósito de minorizar os danos, possibilitar a realização futura de cada um dos ex-cônjuges através da “liquidação”, justa e equilibrada, da “sociedade conjugal” que foi extinta» (...). «Quem se acolhe a uma instituição jurídica como o casamento civil, espera que o Estado tutele o investimento que representa o cumprimento dos deveres de solidariedade ligados à comunhão de vida. O princípio da igualdade entre os cônjuges não pode e não deve ser um meio de afirmar os egoísmos individuais. A irrelevância do incumprimento culposo dos deveres recíprocos que constituem o conteúdo do casamento civil, como “ato”, e que foram assumidos pelos cônjuges, poderá levá-los a adotar comportamentos contrários aos valores implicados pela “plena comunhão de vida”, que é a “essência” do casamento civil como “estado”. Para quem entenda que o casamento civil é apenas uma das formas de autorrealização dos indivíduos e que, portanto, só tem sentido se e enquanto cumprir essa função, a dimensão comunitária da relação conjugal, pressuposta pela lei, fica esquecida. Contudo, esse esquecimento constitui uma distorção da realidade, por se afastar simultaneamente do conteúdo legal do casamento e das relações socialmente típicas dos cônjuges. Na verdade, durante a vida conjugal, os cônjuges assumem espontaneamente comportamentos de confiança, de partilha, de colaboração, de auxílio mútuo: constroem uma comunhão de interesses, de esforços e de renúncias recíprocas. Não existe coerência na disciplina legal que promove tais atitudes durante o casamento e as infirma no momento do divórcio» (RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais* (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 7-8).

¹³ Cfr. RITA LOBO XAVIER, «Regime da comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio no novo artigo 1790.º do Código Civil» in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (525-554), p. 536. Aí faço notar, embora a propósito da aplicação do atual art. 1790.º, que o objetivo pretendido de evitar que o divórcio se traduza num enriquecimento pode não ser alcançado com a pura e simples eliminação de uma deslocação patrimonial, tudo depende do caso concreto. Com efeito, uma tal eliminação produz sempre a espoliação correspondente, que, essa sim, pode, no caso, corresponder a um enriquecimento injustificado.

¹⁴ Cfr. M^ª RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia...* cit. p. 419 e 423. Prevendo a abolição do princípio da imutabilidade, o que lamentavelmente ainda não ocorreu, sustentei que a realização da equidade nas relações patrimoniais entre cônjuges e ex-cônjuges se deveria concretizar através de instrumentos que permitam uma ponderação global e preservem a dinâmica da comunhão de vida conjugal.

Infelizmente, tal como era de prever, as disputas sobre as consequências patrimoniais do divórcio agudizaram-se. Na falta de uma solução global para a *liquidação* da sua situação patrimonial, os ex-cônjuges enfrentam-se em **ações judiciais, combinando a invocação do estatuto matrimonial com a de institutos de Direito comum - como é o do enriquecimento sem causa - ou de Direito geral - como o do abuso do direito**¹⁵.

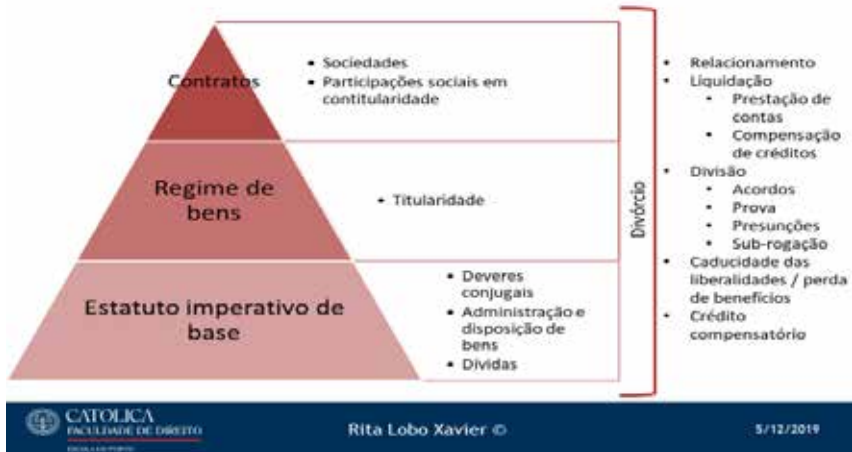
2.2. Estatuto patrimonial do casamento e regime da separação de bens

O regime da separação de bens não implica a total independência dos patrimónios dos cônjuges, desde logo porque existem os efeitos patrimoniais gerais do casamento, que se produzem imperativamente entre duas pessoas casadas. De facto, no Direito português, o estatuto patrimonial dos cônjuges é estratificado: num primeiro plano, está o *estatuto imperativo de base* que é constituído fundamentalmente pelas direitos e deveres conjugais patrimoniais e pelas regras relativas aos poderes de administração e disposição dos bens e à responsabilidade por dívidas¹⁶. A estas regras de base, os cônjuges podem acrescentar outras: segundo o princípio da liberdade das convenções antenupciais, os cônjuges podem adaptar o regime matrimonial às suas necessidades, escolhendo um dos regimes-tipo fixados na lei, ou estipulando um regime diferente, que seja mais adequado aos seus interesses (art. 1698.º CC). A lei impõe excecionalmente o regime da separação de bens quando o casamento for celebrado sem processo preliminar ou por quem tenha completado 60 anos, proibindo-se ainda a estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados (arts. 1720.º e 1699.º, n.º 2 CC).

¹⁵ Cfr., por exemplo, os Acórdãos do STJ de 14-11-2006 (processo n.º 06A3573, relator: SILVA SALAZAR), de 29-04-2014 (Processo n.º 1071/10.7TBABT.E1.S1, Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS, de 14-04-2015 (Processo n.º 3/11.0TBOHP.C1.S1, relator: JÚLIO GOMES). Sobre esta questão, cfr. RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Universidade Católica, Porto, 2008, pp. 107-109. Aí se escreve, com alguma ironia: «Os cônjuges regressarão aos Tribunais, não para invocar direitos conjugais, que isso é próprio de comunidades atrasadas, mas para exercer os respetivos direitos individuais, mas acrescidos de um especial dever de respeito pela proximidade e pela confiança. E os que sustentam que o Direito da Família deve reconhecer e integrar a realidade fáctica, não poderão deixar de reconhecer que a realidade está na falta de solidariedade familiar e que a alternativa é entre a proteção social – do Estado – ou o reforço e fortalecimento dos vínculos e responsabilidades familiares (um retorno a vínculos familiares com conteúdo fixo?)» (p. 109).

¹⁶ *Limites à autonomia privada*, cit. pp. 17-18. É mais comum designar este estatuto imperativo de base como «regime primário» ou, simplesmente, como efeitos gerais do casamento. A distinção entre regime primário e secundário, ou em sentido estrito, pode gerar alguns equívocos JORGE DUARTE PINHEIRO prefere também usar a designação regime de bens na sua aceção mais estrita (*O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª Ed. AAFDUL, 2018, pp. 406-407).

A ausência de uma disciplina detalhada do regime da separação de bens, reduzida aos artigos 1735.º e 1736.º do CC, leva a que tenha de ser combinada com as disposições gerais do casamento e com aquelas eventualmente decorrentes de cláusulas eventualmente inseridas pelos nubentes na convenção antenupcial ou de acordos celebrados entre os cônjuges durante o casamento.



Esquema 1 Estatuto patrimonial do casamento
©RLX 2019

O esquema simplificado que se apresenta permite a perceção visual de que as consequências patrimoniais do divórcio não têm que ver apenas com a liquidação do regime de bens em sentido estrito, isto é, com as questões respeitantes à titularidade e repartição dos bens e à resolução de eventuais conflitos daí emergentes, mas também com muitos aspetos que fazem parte do estatuto imperativo de base¹⁷. Pense-se, por exemplo, nos problemas relativos ao uso da casa de morada da família, independentemente da titularidade ou contitularidade do imóvel onde foi fixada, à contribuição para os encargos da vida familiar e eventual crédito compensatório (arts. 1677.º, n.ºs 2 e 3 CC), à responsabilidade comum por dívidas ou a compensações de créditos entre cônjuges (arts. 1695.º,

¹⁷ Veremos mais à frente os conflitos que podem surgir a este propósito, por exemplo, quanto a situações de contitularidade e questões probatórias, presunções de titularidade e/ou de contitularidade, dúvidas quanto ao âmbito de aplicação das normas dos artigos 1410º e 1736.º, n.ºs 1 e 2 CC.

1697.º, n.º1, *in fine*, CC), ou à administração dos bens e prestação de contas (art. 1679.º CC)¹⁸.

2.3. Os problemas de liquidação do regime da separação de bens: conflitos sobre a titularidade dos bens

De acordo com o artigo 1735.º, no regime da separação de bens cada um dos cônjuges «conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros». No entanto, não está excluído que os cônjuges adquiram bens conjuntamente e que, nessa medida, se estabeleçam situações de compropriedade¹⁹. Quando estejam em causa bens imóveis, a demonstração da titularidade será simples, pois, em regra, resultará do título de aquisição (titularidade formal). É possível, porém, que tais situações de contitularidade surjam em consequência da ausência de meios probatórios para demonstrar a titularidade exclusiva de um dos cônjuges, apesar de ter sido somente este a financiar a respetiva aquisição; ou que resultem do funcionamento de cláusulas de presunção de propriedade dos bens estabelecidas na convenção antenupcial (art. 1736.º CC). Muitos conflitos podem emergir, no entanto, quando um dos cônjuges consegue demonstrar que o dinheiro empregue na aquisição procedeu exclusivamente do seu próprio património, reclamando a invocando um crédito sobre o outro cônjuge²⁰. Nos tribunais portugueses não têm surgido, a propósito deste tipo de situações, pretensões de contitularidade, fundamentadas num princípio de sub-rogação em

¹⁸ Questões conexas com este tema foram tratadas por RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Convenções Matrimoniais A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Almedina, Coimbra, 2018; e por PAULA TEIXEIRA VÍTOR, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal* (em publicação). RUTE TEIXEIRA PEDRO ocupou-se apenas de situações de regulação antecipada das consequências do divórcio relativamente a problemas respeitantes ao dever de coabitação (casa de morada da família) ou ao dever de assistência (alimentos) (cfr. pp. 745 e 751, nota 1875). Neste contexto, aprofundou a questão que designou por «liquidação das relações patrimoniais» ou de «liquidação de regime», mas referindo-se exclusivamente a relações reguladas no plano do estatuto patrimonial de base (alimentos, casa de morada da família, crédito compensatório) e não propriamente à disciplina decorrente do regime de bens, em sentido estrito (cfr. pp. 742 e 744, 766-767). PAULA TEIXEIRA VÍTOR menciona o problema da eventual regulação antecipada do crédito compensatório em caso de cessação das relações patrimoniais.

¹⁹ Cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 646.

²⁰ No contexto espanhol, cfr. CRESPO ALLUÉ, “La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes”, *in Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2013 (47-94), pp. 68-69; JOSE CERDA GIMENO, “La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes”, *in RGLJ*, 1979 (613-636). A jurisprudência espanhola tende para a aplicação do princípio da titularidade formal. Também se deverá ter em conta que a sub-rogação real supõe uma derrogação dos princípios gerais em sede de aquisição de direitos reais e, por isso, terá de ser prevista expressamente na lei, o que não acontece no âmbito do regime da separação. Aliás, neste regime, não cumpriria as funções que lhe estão assinaladas nos regimes comunitários, como consequência da *vis atractiva* do património comum (*ob. cit.* p. 70).

confronto com a titularidade formal resultante da escritura pública. Parece-me, contudo, muito provável que tal venha a acontecer, tendo em conta o caminho aberto pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2015, que firmou jurisprudência sobre sub-rogação real indireta de bens próprios no regime da comunhão de adquiridos²¹. Embora este Acórdão se refira exclusivamente aos regimes de comunhão, lembro que a norma da alínea c) do artigo 1723.º CC foi interpretada num sentido demasiado abrangente, fundado num suposto princípio geral de sub-rogação ao serviço da separação das massas patrimoniais, princípio que, a existir, seria invocável também no contexto do regime da separação de bens²².

Os conflitos entre os cônjuges casados no regime da separação de bens surgem muitas vezes no contexto de contas bancárias contitularadas por ambos. Note-se que a questão da titularidade do direito de propriedade sobre os valores depositados distingue-se da questão da contitularidade das contas e dos poderes para a sua movimentação²³.

Para efeitos da demonstração sobre a proveniência dos valores depositados, poderá funcionar a presunção legal de que os fundos pertencem a ambos os contitulares, em quotas iguais. Trata-se de uma situação perfeitamente subsúmiável na hipótese da norma do n.º 2 do artigo 1403.º do CC, que estabelece que, quando a propriedade de uma coisa pertence *pro indiviso* a várias pessoas, as porções correspondentes a cada uma são iguais. Nos termos do artigo 1404.º, as regras da compropriedade são aplicáveis à comunhão de quaisquer outros direitos, com as necessárias adaptações, sem prejuízo do disposto especialmente para cada um deles. Nas relações com o banco, os contitulares da conta são credores solidários e a lei presume a comparticipação dos credores solidários no crédito em partes iguais (arts. 512.º e 516.º do CC)²⁴. Embora tal presunção não se encontre genericamente afirmada na lei para os casos de depósitos bancários com pluralidade de titulares, aparece expressamente consagrada no n.º 5 do art. 780.º

²¹ In *Diário da República*, 1.ª série, n.º 200, 13 de outubro de 2015 (8915- 8933).

²² No que diz respeito à questão de mérito, toda a argumentação inicial assenta na apreciação das figuras da separação de patrimónios e da sub-rogação real enquanto institutos de Direito Civil comum, baseando-se na existência de patrimónios separados ou autónomos: «a figura da sub-rogação real assume inquestionável relevo quando se está perante patrimónios separados ou autónomos, como sucede no domínio patrimonial conjugal da comunhão de adquiridos (...)». Sobre esta questão, cfr. RITA LOBO XAVIER, «Omissão das formalidades exigidas pela norma da alínea c) do artigo 1723.º do Código Civil para a sub-rogação real indireta de bens próprios no regime da comunhão de adquiridos: o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2015 e as novas dimensões do problema» (Revista Julgar, n.º 40, em publicação).

²³ Cfr., CAMANHO Paula, *Do contrato de depósito bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 134, nota 395; M.ª RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia.*, cit. pp. 316-317.

²⁴ M.ª RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia.*, cit. loc. cit.

do CPC, a propósito da «penhora de depósitos bancários», quando nele se refere que «Sendo vários os titulares do depósito, o bloqueio incide sobre a quota-parte do executado na conta comum, presumindo-se que as quotas são iguais». A referida presunção justifica-se pela normal dificuldade de prova da quota de cada um dos credores e, como é próprio das diversas presunções, assenta num pressuposto de probabilidade ou normalidade. A presunção legal só poderá ser ilidida mediante prova do contrário imposta à parte que pretenda prevalecer-se de solução diversa da que resulta do facto presumido²⁵.

2.4. Conflitos sobre a natureza jurídica de deslocações patrimoniais e a caducidade das liberalidades

No contexto português, os problemas de liquidação do regime da separação de bens poderão avolumar-se em virtude das normas que preveem a perda de benefícios e a caducidade das liberalidades em caso de divórcio (arts. 1791.º CC e 1760.º, *b*), e 1766.º, n.º 1, *c*)²⁶. A ideia de que o divórcio não deve ser um meio de enriquecer e de que, por isso, devem ser eliminados quaisquer «enriquecimentos» que tenham ocorrido justificou a redação do art. 1791.º do CC (Benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber), nos termos do qual, «Cada cônjuge 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»²⁷. Existem razões para que estes benefícios se extingam em caso de divórcio, uma vez que eles ocorreram por ocasião e por causa da existência da comunhão de vida conjugal que se dissolveu. Já antes de 2008 me tinha pronunciado no sentido de que tais benefícios deveriam extinguir-se independentemente da culpa no divórcio²⁸. Neste artigo 1791º, a lei terá tido em vista sobretudo as liberalidades feitas na convenção antenupcial, as disposições testa-

²⁵ Será possível demonstrarem-se os factos de onde resulte a propriedade do dinheiro depositado através de qualquer meio de prova, designadamente a testemunhal, visto que tais factos nada terão que ver com a força probatória dos documentos que contêm as autorizações para a movimentação da conta, por exemplo. O meio mais direto de ilidir a presunção da contitularidade em partes iguais do dinheiro depositado será a demonstração de que os contitulares não contribuíram de forma igual para os montantes depositados, por exemplo, através da demonstração da proveniência dos mesmos.

²⁶ A jurisprudência espanhola, embora se incline maioritariamente para o princípio da titularidade formal, não deixa de averiguar a intenção dos cônjuges quando realizaram a aquisição, por exemplo, a intenção de fazer uma doação (CRESPO ALLUÉ, ob. cit. p.75, CERDA GIMENO, ob. cit., pp. 628-629).

²⁷ O texto da norma é idêntico ao da versão anterior a 2008, com a diferença de que agora opera sempre, não dependendo de qualquer declaração de culpa no divórcio, que deixou de existir.

²⁸ M^a RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia.*, cit. pp. 417 e 418.

mentárias e outros benefícios que não possam ser considerados doações (não os “benefícios” decorrentes do próprio regime de bens, como é evidente). Também as doações para casamento e as doações entre casados caducam nos termos dos artigos 1760.º, *b*), e 1766.º, n.º 1, *c*), do CC, «se ocorrer divórcio ou separação judicial de pessoas e bens»²⁹. Admite-se que o autor da liberalidade (o outro cônjuge ou terceiro) possa determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento (n.º 2).

Embora a caducidade opere *ope legis (ipso iure)*, muitas vezes os cônjuges, ou ex-cônjuges, discordam sobre a concreta natureza e qualificação de deslocações ocorridas entre os respetivos patrimónios durante o casamento. Torna-se assim muitas vezes necessária a propositura de ações judiciais para averiguar se uma determinada atribuição patrimonial consubstancia uma verdadeira liberalidade - atribuição patrimonial gratuita e com intenção liberal - ou se, por hipótese, pode demonstrar-se a intenção de remuneração de alguma colaboração prestada.

2.5. Conflitos sobre a contribuição para os encargos da vida familiar e crédito compensatório

Na reforma do regime do divórcio em 2008, ficou expressamente consagrado o direito de um ex-cônjuge a exigir do outro um crédito de compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, verificados determinados pressupostos (arts. 1676.º, n.ºs 2 e 3)³⁰. Ter-se-á tido em vista manter a situação paritária das contribuições para os encargos da vida familiar, corrigindo eventuais distorções no que diz respeito à remuneração do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos e que poderia ter envolvido a *renúncia* de um dos cônjuges (total ou parcial) ao exercício de uma profissão remunerada, ou a cumulação de ambas as atividades (implicando uma *renúncia excessiva* à satisfação dos seus interesses pessoais em favor da vida em comum). A exposição de motivos do projeto inicial manifestava precisamente esse propósito de reconhecer a importância do trabalho em casa e nos cuidados com os filhos e de «compensar» as «assimetrias» verificadas entre os cônjuges neste âmbito, sobretudo no que diz respeito à «penalização» das mulheres nas suas «carreiras profissionais». Tenho considerado, contudo, que a *renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum* poderá ter que ver, não

²⁹ Por lapso, não foi alterada a redação da parte final destas disposições que se referia à declaração de culpa do cônjuge no divórcio ou na separação de pessoas e bens, devendo considerar-se revogada (cfr. RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...* cit. p. 36).

³⁰ Embora inserido sistematicamente numa disposição incluída nos efeitos gerais do casamento, este direito foi perspetivado como um efeito jurídico do divórcio (cfr. RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...* cit. p. 52).

apenas com o chamado «trabalho doméstico», mas, em sentido mais vasto, com outras formas de colaboração familiar – não remunerada – como a colaboração na profissão do outro cônjuge ou na «empresa familiar». Do meu ponto de vista, a palavra «compensação» exprime o sentido mais geral de procurar equilibrar, contrabalançar, a diferença entre as contribuições para a vida em comum durante o casamento³¹. A referência legal a *prejuízos patrimoniais importantes*, em rigor, não faz depender a atribuição da compensação da prova de «danos» sofridos pelo cônjuge que requer a compensação, pois não está em causa um pedido indemnizatório. Partindo a lei do princípio de que ambos deveriam ter contribuído em termos equivalentes para os encargos da vida familiar, os prejuízos patrimoniais importantes serão iniciados pelo facto objetivo de se verificar uma diferença desproporcionada entre os patrimónios dos cônjuges, o que fundamenta o direito de exigir uma compensação por parte de um e o dever de compensar por parte do outro³². O direito a exigir do ex-cônjuge uma compensação aproxima-se do instituto do enriquecimento sem causa e não do da responsabilidade civil³³.

2.6. Conflitos entre o cônjuge sobrevivente e outros herdeiros legitimários do cônjuge falecido

Queria finalmente fazer notar que os conflitos podem surgir não entre os cônjuges, mas entre o cônjuge sobrevivente e outros herdeiros legitimários do cônjuge falecido (descendentes ou ascendentes). A Reforma do CC em 1977 atribuiu ao cônjuge sobrevivente uma posição sucessória idêntica - e, em certas circunstâncias, mesmo superior - à dos descendentes. Com efeito, o cônjuge sobrevivente será chamado a herdar, como herdeiro legitimário, em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes, se existirem³⁴. No caso de morte de um dos cônjuges, a herança do falecido será constituída por todos os seus bens. Na presença de um único herdeiro legitimário, o cônjuge sobrevivente, a quota da herança que lhe está reservada - a legítima - é de 1/2 da herança (art. 2158.º do CC). Em concurso com descendentes, a legítima é de 2/3 (art. 2159.º, n.º 2), nunca podendo a parte do cônjuge ser inferior a 1/4 (art. 2139.º, n.º 1, *ex vi* art. 2157.º). Em concurso com ascendentes, a legítima é de 2/3 (art. 2161.º, n.º 1), cabendo 2/3 ao cônjuge e 1/3 aos ascendentes (art. 2142.º, n.º 1, *ex vi* art. 2157.º).

³¹ *Idem*, p. 47.

³² «A verificação de um desequilíbrio económico entre os cônjuges, através da comparação entre a situação atual do cônjuge requerente e a do requerido, bem como com a que desfrutavam durante o casamento, será um elemento para a confirmação dos 'prejuízos patrimoniais importantes'» (RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...* cit. p. 58).

³³ RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...* cit. p. 57.

³⁴ Sobre o tema, cfr. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*. cit. pp. 561-562.

Nos termos do artigo 2103.º A, o cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio. Se o imóvel onde foi fixada a casa de morada da família não fizer parte da herança, apenas se observará o disposto na lei quanto ao uso do recheio (art. 2103.º B). Como é bom de imaginar, podem ocorrer muitos conflitos entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, sobretudo quando não se trata de filhos comuns.

3. A necessária liquidação do regime da separação de bens e a composição dos conflitos emergentes

3.1 Dissolução da comunhão de vida conjugal e liquidação do regime de bens

Por tudo o que acabei de expor, compreende-se afirmação de que a inevitável mistura dos interesses patrimoniais dos cônjuges que a comunhão de vida gera, de facto, impõe a realização de uma *liquidação*, no sentido próprio do termo, no contexto da sua dissolução. Muito embora a lei e a doutrina apenas se refiram à liquidação e partilha quando o regime de bens dos cônjuges foi de comunhão, foi evidenciado que os problemas relativos à cessação das relações patrimoniais entre cônjuges podem ser muito semelhantes, seja qual for o respetivo regime de bens.

A liquidação do regime de bens da separação de bens pode não envolver apenas a simples operação de determinar a composição dos patrimónios, apurando o ativo, o passivo e os bens em situação de contitularidade. A verificação das situações de contitularidade terá por vezes de ser conjugada com a prova das deslocações ocorridas entre os patrimónios e respetiva qualificação jurídica, de forma a decidir, conforme os casos, operações de compensação de créditos e pagamento das dívidas entre os cônjuges, ou de reversão do bem em causa ao património do ex-cônjuge, como resultado da caducidade das liberalidades e perda de benefícios estabelecida pela lei. É possível que se gerem conflitos quanto à titularidade de certos bens, quanto à divisão do património que foi adquirido durante a vida em comum, ou quanto à extinção dos créditos eventualmente existentes entre cônjuges, designadamente através de compensação de créditos, transmissão de dívidas, remuneração pela prestação de serviços prestados

Contudo, como se viu, as consequências patrimoniais da dissolução do casamento não se restringem à liquidação do regime de bens em sentido estrito, envolvendo os efeitos do estatuto patrimonial de base. Além disso, mesmo quando o regime de bens é separatista, pode ser necessária a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio, impedindo situações de enriquecimento injustifi-

cado. As transferências eventualmente ocorridas entre os patrimónios próprios dos cônjuges devem ser objeto de acurada qualificação quanto à respetiva natureza jurídica. Podem existir situações de dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges, relações de associação ou de colaboração, sociedades entre cônjuges, acordos sobre a orientação da vida em comum, contribuição excessiva de um deles para os encargos da vida familiar e crédito compensatório a seu favor³⁵.

3.2 Liquidação do regime da separação de bens noutros ordenamentos jurídicos

Noutros ordenamentos jurídicos, a questão que me ocupa é designada, do ponto de vista conceptual e legal, pela expressão genérica «liquidação do regime de bens» (por exemplo, *liquidación del régimen económico matrimonial*, em Espanha, ou «*liquidation du régime matrimonial*», em França).

Na doutrina espanhola, vários autores sustentam a necessidade da liquidação do regime da separação de bens, considerando aplicável, neste contexto, as disposições previstas em geral para a liquidação do regime económico matrimo-

³⁵ Este tipo de problemas pode suscitar-se mesmo na comunhão de vida sem casamento, em que, na lei portuguesa, não existe qualquer regime de bens. A comunhão de vida entre duas pessoas, apesar da inexistência de vínculo conjugal, afeta a independência económica de qualquer uma delas e envolve uma fusão de interesses patrimoniais (cfr. M.^a RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., 2000, p. 475). Não pode deixar de reconhecer-se que serão precisamente os elementos caracterizadores da comunhão de vida patrimonial entre os unidos de facto que a aproximarão da comunhão de vida conjugal: o esforço conjunto, a contribuição para as despesas comuns e a colaboração na vida quotidiana e profissional geram expectativas de participação no património adquirido a merecer uma disciplina reguladora dos conflitos eventualmente suscitados por ocasião da rutura. A lei 7/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção das uniões de facto, não inclui soluções para os problemas relacionados com responsabilidade solidária por dívidas contraídas para acorrer aos encargos da vida do lar e à divisão do património adquirido durante a relação (cfr. RITA LOBO XAVIER, «O “estatuto privado” dos membros da união de facto» in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, 2015, n.º 338 (281-314), p. 311). Também sustentei que, num caso concreto, a diminuição de rendimentos do membro sobrevivente poderia ser demonstrada, provando-se assim que a união de facto envolveu uma solidariedade patrimonial semelhante à que se estabelece entre os cônjuges (cfr. RITA LOBO XAVIER, “Acs. tC n.os 195/2003 e 88/2004 (uniões de facto e pensão de sobrevivência)”, (anotação), *Justiça Constitucional*, n.º 3, 2005, pp. 20 e 23). Muito recentemente, chamando a atenção para a ocorrência desta situação entre pessoas que instituem entre si uma «relação convivencial duradoura», veja-se FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de março de 2014, Processo: 2152/09.5TBRRG.G1.S1» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145.º, n.º 3995, novembro-dezembro 2015, Coimbra Editora, p. 125. Sobre a questão da incompatibilidade da plena comunhão de vida com a estrita independência dos patrimónios e a necessidade da reintegração dos patrimónios quando da dissolução da comunhão de vida, M.^a RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada ...*, cit., pp. 443 e ss. Veja-se, ainda, a este propósito, ultimamente, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, quanto à «necessária extensão do princípio de “compensabilidade entre patrimónios” e do regime da “caducidade” das doações em resultado do divórcio (onde se inclui o artigo 1791.º do Código Civil) ao caso da união de facto, atenta a relação convivencial estabelecida». «Na verdade, trata-se de regras que se fundam num princípio geral de prevenção dos ganhos obtidos por um dos cônjuges à custa do outro, e na consideração de que o casamento não deve servir de “plataforma” jurídica para a obtenção de tais ganhos, pelo menos de ganhos que subsistam após a dissolução do casamento» (ob. cit., pp. 124 e 125).

nial, muito embora, à primeira vista, pareça que tal procedimento apenas teria sentido no caso de regimes comunitaristas³⁶. Neste sentido são aduzidas razões de economia processual, mas, sobretudo, razões de justiça e de equidade. Julga-se aconselhável que não seja seguido o processo previsto para as ações de divisão de coisa comum, em situações de crise matrimonial de cônjuges casados no regime da separação de bens, mas sim o procedimento de liquidação do regime económico matrimonial. Tal permitirá ao juiz alcançar um conhecimento global da situação, possibilitando a liquidação das diferentes relações patrimoniais existentes – designadamente, através do regime comum da compensação de créditos – e a valoração do trabalho prestado em casa, por exemplo. Também poderão ser encontradas soluções para situações de eventual contitularidade, mediante a articulação do princípio da titularidade formal com o princípio da sub-rogação real, apreciando-se a intenção dos cônjuges relativamente a deslocações patrimoniais efetuadas, ou avaliando-se as benfeitorias realizadas em bens contituidos à custa de cada um dos patrimónios, resolvendo-se eventuais conflitos sobre contas bancárias, etc³⁷.

Em França é hoje também muito comum encontrar a afirmações sobre a necessidade de liquidação do regime da separação de bens em caso de divórcio³⁸. Note-se que, no Direito francês, o divórcio por mútuo consentimento pressupõe o acordo sobre a repartição do eventual património contitulado³⁹. Além disso, o

³⁶ CRESPO ALLUÉ, «La necessaria liquidación del régimen...», cit., pp. 63-64; JOSÉ ANTONIO CARBONELL CRESPI, «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes», cit., pp. 96-97. A primeira questão que se coloca é a da aplicação do regime que a própria lei (*Ley 1/2000, de 7.01, de Enjuiciamiento Civil*) designa como «*del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*». A aplicação das disposições relativas à liquidação do regime económico matrimonial, no caso de o regime ser o da separação, é defendida com base no argumento de que, também neste regime, podem ocorrer situações de indivisão resultantes da aquisição de bens em contitularidade (CRESPO ALLUÉ, ob. cit., pp. 66-68; CARBONELL CRESPI, ob. cit., pp. 96 - 108). Por outro lado, salienta-se que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* incluiu a possibilidade de liquidação do regime de participação nos adquiridos, não tendo sentido deixar de fora do seu âmbito de aplicação o caso das situações de indivisão resultantes do regime da separação de bens.

³⁷ Cfr. CARBONELL CRESPI, ob. cit., pp. 107-108.

³⁸ Cfr. FRANÇOIS TERRÉ e PHILIPPE SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8 ed., Dalloz, Paris, 2019, pp. 647 e ss; STÉPHANE DAVID e ALEXIS JAULT, *Liquidation des régimes matrimoniaux*, 4 ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 210.

³⁹ Esta reforma foi operada pela *Loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019*, designada pelas iniciais LPRJ (*Loi de Programmation et de Reforme de la Justice*). O processo de divórcio por mútuo consentimento não judicial é possível em França desde janeiro de 2017, mas exige-se o acordo dos cônjuges não apenas quanto ao divórcio, mas também quanto ao conjunto das suas consequências, substituindo-se a comparência no tribunal de família pelo registo da «convenção de divórcio», redigida por dois advogados, no cartório notarial. Abstraindo agora das questões relativas aos filhos comuns menores de idade e dos detalhes respeitantes ao procedimento, as questões a regular relativas aos cônjuges são: a manutenção ou não do uso dos apelidos; a fixação ou não de uma

princípio da imutabilidade foi totalmente extinto na mais recente reforma, sendo excepcional a exigência de homologação judicial da modificação da convenção matrimonial ou da mudança de regime pura e simples, embora continue a ter de ser objeto de um ato notarial solene, ocasião em que se verifica a sua conformidade com o «interesse da família»⁴⁰. A inclusão de cláusulas-*standard* para completar o regime da separação de bens e a interpenetração patrimonial promovida pela vida conjugal acaba por levantar muitos conflitos em caso de divórcio. Uma das questões mais debatidas refere-se a uma cláusula muito comum que estabelece a presunção de que cada um dos cônjuges contribuiu para os encargos da vida familiar de forma igual. Esta cláusula é inserida na convenção matrimonial, mas destina-se a regular um aspeto do estatuto imperativo de base, ou do regime primário, tal como é designado em França. Em contexto de divórcio, é muitas vezes invocada para sustentar a contitularidade de um imóvel adquirido por um dos cônjuges durante o casamento, acabando por se conferir uma vocação comum aos rendimentos apenas por este auferidos, o que, para muitos autores, desvirtuaria o regime de separação de bens convencionado⁴¹.

Será igualmente interessante referir a recente reforma dos regimes matrimoniais introduzida no Direito belga pela *Loi du 22 juillet 2018*, uma vez que trouxe algumas inovações importantes no que se refere ao regime da separação

prestação compensatória e, em caso afirmativo, do montante e das modalidades da sua regulação; a fixação dos domicílios de cada um dos cônjuges; a repartição das despesas com o processo de divórcio (advogados e notários); a repartição de eventual património mobiliário e/ou imobiliário, ou o estabelecimento de um estado de liquidação, de uma convenção de indivisão ou a venda dos respetivos bens e pagamento das respetivas despesas. Saliente-se ainda que continua a existir o divórcio por mútuo consentimento judiciário, processo este que se inicia por um requerimento acompanhado de um «acordo de divórcio» respeitante às questões que foram mencionadas e que o juiz aprecia, no sentido de verificar se não houve pressões de um dos cônjuges sobre o outro e se não lesa sensivelmente os interesses de um deles.

⁴⁰ FRANÇOIS TERRÉ e PHILIPPE SIMLER, ob. cit., pp. 152 e 159; cfr., STÉPHANE DAVID e ALEXIS JAULT, ob. cit., p. 210 e autores citados na nota 1).

⁴¹ Cfr., por exemplo, os comentários de jurisprudência publicados na *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, 2015, pp. 362-363, e 686-689. Este último refere-se a uma decisão que foi publicada positivamente na secção realitativa aos regimes de bens e não na relativa ao regime primário, por se entender que o que está em causa é a eficácia de uma cláusula contratual em si mesma (p. 687, onde se critica o «postulado jurisprudencial obstinado» que não deixa prevalecer a lógica jurídica). No caso, os cônjuges, casados no regime da separação de bens, adquiriram, um imóvel onde fixaram a casa de morada da família, tendo o cuidado de estipular que o adquiriam, em compropriedade, em quotas partes desiguais, supostamente proporcionais aos respetivos rendimentos. No contexto do divórcio, em sede de recurso da decisão da primeira instância, a *Cour de Cassation* fez decorrer da cláusula *standard* de presunção de contribuição igualitária para os encargos da vida em comum a aquisição do referido imóvel em partes desiguais, paralisando assim o crédito do reembolso que decorreria para o cônjuge titular dos rendimentos, acabando talvez por resultar numa extensão excessiva da noção de «encargos para a vida em comum» e conferir afinal aos rendimentos dos cônjuges uma função semelhante à que desempenha no contexto do regime da comunhão de adquiridos.

de bens «pura e simples», e ao regime da separação «com participação nos adquiridos». Refiro-me sobretudo à liberdade de prova das dívidas entre os cônjuges casados no regime da separação de bens, à aplicação da teoria das «avantages matrimoniaux» e à possibilidade de que o regime possa ser atenuado em caso de divórcio por meio de uma correção fundada na «equidade».

A reforma teve em conta precisamente o facto de que cada vez um maior número de casais adota o regime da separação de bens puro e simples. Este regime era apresentado como simples e flexível, no entanto, na prática, a simplicidade e a flexibilidade desapareciam no caso de divórcio ou de alguma sucessão mais complexa. Tal decorria geralmente da ignorância acerca dos princípios básicos do regime combinada com a adoção arbitrária de cláusulas pré-formatadas⁴². A reforma dos regimes de bens operada pela lei de 22 de julho de 2018 completou as disposições legais relativas à separação de bens, sobretudo para sublinhar que a convenção matrimonial pode adicionar às regras do chamado regime primário todas as cláusulas compatíveis, consagrando assim expressamente o princípio da coerência que deve presidir a qualquer regime⁴³. Outra inovação útil refere-se à liberdade de os cônjuges provarem por qualquer meio a existência de dívidas entre si, o que simplificou muito a questão da liquidação das dívidas. Uma das questões mais discutidas nos tribunais era a da prova e avaliação das dívidas entre cônjuges, que, tal como as compensações entre cônjuges casados em regime de comunhão, coloca, tal como acontece entre nós, a questão de saber se devem tidas em conta pelo seu valor nominal ou pelo seu valor real.

O aspeto mais importante da mudança, no entanto, teve a ver com a aplicação à separação de bens pura e simples das regras dos chamados *avantages matrimoniaux*, anteriormente exclusivas dos regimes de comunhão, o que abriu novas perspetivas no âmbito da transmissão de bens entre cônjuges⁴⁴. Por fim,

⁴² O legislador de 2018 introduziu alterações para evitar que os casais escolham o regime da separação «pura e simples» sem se aperceberem claramente tanto dos inconvenientes como das vantagens (HELENE CASMAN, «La séparation de bien pure et simple, les indivisions entre époux séparés de biens et les avantages matrimoniaux dans les regimes sans communauté» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspets civil set fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019 (7-38), p. 8; PHILIPPE DE PAGE, «Un nouveau contrat de séparation de biens» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspets civil set fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019, pp. 135-138). Um dos aspetos positivos mais salientado teve a ver com a liberalização dos meios de prova quanto às dívidas entre os cônjuges, muito dificultada pela aplicação das regras do Direito comum, que apontava para a exigência de um documento escrito, sem o qual apenas teria lugar a aplicação das regras do enriquecimento sem causa, com resultados insatisfatórios e incertos (PHILIPPE DE PAGE, ob. cit., p. 136; HELENE CASMAN, ob. cit., pp. 12-13).

⁴³ Cfr. PHILIPPE DE PAGE, ob. cit. pp. 138- 142.

⁴⁴ HELENE CASMAN, p. 24. Em rigor, a ideia de *avantage matrimonial* é inerente aos regimes de comunhão: a divisão do património comum não constitui nunca uma liberalidade, nunca constitui

o separatismo rigoroso deste regime de bens foi atenuado com a possibilidade de ocorrer uma correção judiciária com fundamento na equidade, prevista no novo artigo 1474, 1, do *Code civil*, que é neste momento muito debatida⁴⁵. A reforma não consagrou nenhuma regra para resolver situações de indivisão, por isso, continuar-se-ão a aplicar os princípios enunciados pela doutrina e pela jurisprudência a este respeito, desde logo, o princípio de que a titularidade do direito é determinada pelo título de aquisição. Se ambos os cônjuges intervêm no ato de aquisição, serão ambos tidos como comproprietários, presumindo-se que em quotas iguais, podendo derrogar esta presunção no contrato matrimonial⁴⁶.

3.3 Necessidade de um procedimento adequado à liquidação do regime da separação de bens

Como já foi dito, no ordenamento jurídico português não existe um regime processual específico para a liquidação do regime da separação de bens, com idêntica função à da «partilha», muito embora, como ficou demonstrado, a sua dissolução possa envolver problemas similares. A ideia de que não teria de haver liquidação no regime da separação deve-se a um entendimento muito estrito do termo, focado na inexistência de um património comum para dividir. No entanto, tal expressão não deverá ser reduzida a uma simples operação de partição, reportando-se igualmente à resolução de todos os eventuais conflitos sobre a titularidade dos bens, à extinção de créditos, e mesmo às compensações entre patrimónios.

No Direito português, a palavra «liquidação» é usada no contexto da extinção de pessoas coletivas privadas, para designar um conjunto de operações que visam o pagamento dos credores, antes de dividir o património restante pe-

um enriquecimento de um dos cônjuges em detrimento do outro. A transposição desta ideia para o regime da separação de bens, fazendo aplicar as regras do respetivo regime por analogia tem sobretudo aplicação no caso de ser convencionado o regime da separação de bens com participação nos adquiridos. *Grosso modo*, os *avantages matrimoniaux* integram o regime de bens, permitindo assim realizar atribuições patrimoniais entre os cônjuges que, em princípio, não são qualificadas como liberalidades (ob. cit., p. 26).

⁴⁵ CHARLOTTE DECLERCK e AURÉLIE CASSIERS, «La correction judiciaire en équité (art. 1474/1C.civ)» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspects civils et fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019 (119-133), pp. 122-130.

⁴⁶ Outra importante precisão é a de que, no caso de a indivisão se referir à casa de morada da família ou ao respetivo recheio, os respetivos contributos são considerados como encargos da vida familiar e se presume que ambos os cônjuges terão contribuído para tais encargos em proporção das suas possibilidades e não em proporção da sua quota na indivisão (cfr. HÉLÈNE CASMAN, ob. cit., p. 16). Note-se que se realiza assim uma espécie de «comunhão de rendimentos», resultado que vimos ser alcançado pela jurisprudência francesa e que, como se referiu, é muito criticado pela doutrina pela sua desadequação do ponto de vista da lógica conceptual.

los membros da coletividade. Precisamente porque, em primeiro lugar, se trata de pagar aos credores, antes de proceder à divisão do património remanescente, é preciso muitas vezes começar por «transformar» os bens existentes, ou parte deles, em dinheiro, havendo uma fase maior ou menor de «liquidação». No caso de se verificar que o passivo é superior ao ativo, poder-se-á dizer que todo o processo se resumirá a uma «liquidação». A lei civil refere-se à liquidação do património na sequência da dissolução da sociedade (art. 1010.º CC), indicando a ordem das operações a praticar: só depois de extintas as dívidas sociais é que poderá ser distribuído o ativo restante (arts.1010.º a 1021.º CC). Existe um processo especial denominado «liquidação da herança vaga para o Estado», cujas principais operações são a cobrança e pagamento de dívidas e eventual venda judicial dos bens para pagamento do passivo, adjudicando-se ao Estado o remanescente⁴⁷. Este tipo de procedimentos integra uma sequência de atos inerentes às consequências patrimoniais da extinção de um projeto em comum, o que acontece, de alguma forma, no caso da dissolução do casamento, onde, embora não exista propriamente uma pessoa coletiva, se emprega, muitas vezes, como metáfora, a expressão «dissolução da sociedade conjugal».

Repare-se, além disso, que, no contexto do divórcio, podem nascer – e nascem, frequentemente – obrigações entre os ex-cônjuges. As negociações e os acordos firmados traduzem muitas vezes verdadeiras «concessões recíprocas», assumindo a natureza de autênticas «transações»⁴⁸. Por diferentes razões, em Portugal, o fenómeno da «contratualização» do casamento e da Família não se estendeu totalmente ao regime jurídico do divórcio, embora a lei manifeste preferência pelas soluções acordadas e promova a mediação familiar neste âmbito⁴⁹. Com efeito, assim como não existe algo equivalente à «liquidação» do regime patrimonial do casamento em caso de divórcio, também não há qualquer enquadramento para «convenções de divórcio», não sendo clara a sua compatibilidade com o com o estatuto patrimonial imperativo de base do casamento, a natureza do divórcio e do direito ao divórcio, a natureza do objeto e a força vinculativa pretendida⁵⁰.

Os objetivos claros de quem escolhe o regime da separação de bens são, antes de tudo, salvaguardar a disparidade dos respetivos patrimónios iniciais e dos rendimentos, por um lado, e manter a realidade das contribuições para as

⁴⁷ Cfr. os artigos 938.º a 940.º do Código de Processo Civil. O n.º2 do art. 939.º contém a descrição das operações que integram o processo: «Feita a declaração do direito do Estado, procede-se à liquidação da herança, cobrando-se as dívidas ativas, vendendo-se judicialmente os bens, satisfazendo-se o passivo e adjudicando-se ao Estado o remanescente».

⁴⁸ Cfr. o artigo 1248.º do CC.

⁴⁹ Cfr. o artigo 1744.º do CC.

⁵⁰ Cfr. *Limites à autonomia...* cit., pp. 627-628; *Recentes alterações ...* cit., pp. 4, 54-56.

novas aquisições, por outro⁵¹. Durante o casamento, os cônjuges podem querer realizar entre si atos de liberalidade, sobretudo no que diz respeito à aquisição do imóvel onde é fixada a casa de morada da família. Este tem constituído, para a maioria dos casais portugueses, o principal ativo patrimonial e o principal compromisso financeiro, compromisso que os une por vezes mais fortemente que o próprio vínculo conjugal. Por outro lado, penso que os objetivos iniciais do regime, que determinaram a sua adoção pelos nubentes, não devem ser totalmente desfigurados *a posteriori* no contexto do divórcio, confundindo-se indistintamente os patrimónios, ou, pelo contrário, revertendo-se deslocções patrimoniais sem qualquer fundamento na vontade dos cônjuges.

Penso finalmente que a diversidade de ações que muitas vezes os ex-cônjuges têm de propor para «liquidar» o regime de separação de bens não está de acordo as exigências decorrentes dos Regulamentos da União Europeia que estabelecem regras comuns sobre os regimes matrimoniais e que apontam para a unidade do regime, no sentido de que que todo o património do casal - bens móveis e bens imóveis - será regulado por uma mesma lei e submetido, em caso de litígio, a um mesmo tribunal. Muito embora, estejam presentes sobretudo a relações com dimensão transfronteiriça, a verdade é que este objetivo pressupõe que todas as questões patrimoniais sejam resolvidas globalmente e não de forma dispersa⁵².

⁵¹ É comum ouvir dizer-se que este regime é aconselhável também para evitar que o património de um dos cônjuges seja chamado a responder por dívidas contraídas pelo outro, no entanto, como se sabe, a responsabilidade pode ser de ambos, mesmo quando o regime escolhido é o da separação de bens, muito embora, nesse caso, a obrigação seja parciária (arts. 1691.º, n.º1, b) e c), 1695.º, n.º 2 CC).

⁵² Os Regulamentos n.ºs 2016/1103 e 1104 de 24 junho 2016, relativos respetivamente aos regimes matrimoniais e às parcerias registadas, são aplicáveis em dezoito dos Estados membros da União Europeia, aos cônjuges ou companheiros unidos após 29 de janeiro de 2019 ou que tenham designado depois dessa data a lei aplicável ao seu regime. Estes Regulamentos estabelecem regras comuns sobre a competência, a lei aplicável, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registadas para as uniões que tenham uma dimensão transfronteiriça por razões da nacionalidade ou da residência dos seus membros ou da localização dos seus bens. Assentam sobre duas ideias: 1) a unidade do regime, no sentido de que o património do casal, móveis e imóveis, será regulado por uma mesma lei e submetido em caso de litígio a um mesmo tribunal, o que contribuirá para a segurança jurídica; 2) e a autonomia da vontade, para permitir aos cônjuges ou companheiros escolher para regular o respetivo regime a lei que lhes convém e o Estado onde desejam que deduzir as suas pretensões em caso de litígio.

Bibliografia

CARBONELL CRESPI, J. A., «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes» in *Revista Jurídica del Notariado* núm. 63, julio-septiembre 2007 (96-108).

CASMAN, Helène, «La séparation de bien pure et simple, les indivisions entre époux séparés de biens et les avantages matrimoniaux dans les regimes sans communauté» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspets civils et fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019 (7-38).

CERDÁ GIMENO, J., «La prueba de las titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes» in *RGLJ*, 1979 (613-636).

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª Edição (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Coimbra, Edição Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de março de 2014, Processo: 2152/09.5TBBRG. G1.S1» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145.º, n.º 3995, novembro-dezembro, 2015.

CRESPO ALLUÉ, F., «La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes» in *Los conflictos actuales en el Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2013 (47-94).

DECLERCK, Charlotte, CASSIERS, Aurélie, «La correction judiciaire en équité (art. 1474/1C.civ)» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspets civils et fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019 (119-133).

DE PAGE, Philippe, «Un nouveau contrat de séparation de biens» in DE PAGE, Philippe, CULOT, André, DE STEFANI, Isabelle, (direction), *La nouvelle séparation de biens: entre évolution et révolution, Aspets civils et fiscaux*, Anthemis, Limal, 2019 (135-152).

DIAS, Cristina M. Araújo, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges, Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Uma análise do novo regime jurídico do divórcio, 2ª Ed. , Coimbra, Almedina, 2009.

MARÍN VELARDE, M^a. Asunción., “El régimen de separación de bienes y liquidación del régimen económico matrimonial” in *Los 25 temas más relevantes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Coord. F. LLEDÓ YAGÜE, Vol. I: Parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011 (764-774).

MARTÍNEZ CORTÉS, J., «El régimen económico de separación de bienes» in *Instituciones de Derecho Privado*, Coord. por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, T. IV, Vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002 (278-421).

MEALHA, Esperança Pereira, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, 2009, Almedina

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.^a Ed. AAFDUL, 2018.

DAVID, Stéphane, JAULT, Alexis, *Liquidation des regimes matrimoniaux*, 4 ed., Dalloz, Paris, 2018.

PEDRO, Rute Teixeira, *Convenções Matrimoniais A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Almedina, Coimbra, 2018

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8 ed., Dalloz, Paris, 2019.

VÍTOR, Paula Távora, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal* (em publicação).

XAVIER, M^a Rita Aranha da Gama Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000.

XAVIER, Rita Lobo, «Acs. TC n.ºs 195/2003 e 88/2004 (uniões de facto e pensão de sobrevivência)», (anotação) in *Justiça Constitucional*, 3, 2005 (16-24).

Ensinar Direito da Família, Universidade Católica, Porto, 2008

Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), Almedina, Coimbra, 2009.

«Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio» in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2013 (499-514).

«O “estatuto privado” dos membros da união de facto» in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, 2015, n.º 338 (281-314).

Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões, Editora Universidade Católica, Porto, 2016.

«Regime da comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio no novo artigo 1790.º do Código Civil» *in Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (525-554).

«Omissão das formalidades exigidas pela norma da alínea c) do artigo 1723.º do Código Civil para a sub-rogação real indireta de bens próprios no regime da comunhão de adquiridos: o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2015 e as novas dimensões do problema» (Revista Julgar, n.º40 (abril 2020, em publicação)).

O PROTOCOLO FAMILIAR ENQUANTO COROLÁRIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA VIDA EMPRESARIAL DA FAMÍLIA¹

*João Nuno Barros*²

Sumário: 1. Nota introdutória 2. Conceito de protocolo familiar 3. Função e objetivo do protocolo familiar 4. As fases de criação do protocolo familiar 5. Regime jurídico a) Natureza jurídica b) Forma c) Publicidade 6. Conteúdo do protocolo familiar 7. Problemas que a elaboração do protocolo familiar convoca 8. Síntese conclusiva.

¹ O texto que se publica mantém-se, no seu essencial, fiel ao conteúdo e à forma de discurso oral dada à intervenção nas Jornadas Internacionais “Igualdade e responsabilidade nas relações familiares”, que tiveram lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho nos dias 5 e 6 de dezembro de 2019. Considerando que o texto resultou de notas pessoais que serviram de base à preparação da referida intervenção, bem como que se destinou a dar forma oral às mesmas, o mesmo mantém uma feição essencialmente oral, e apenas em determinados casos se impôs, em face da manutenção do rigor científico, a realização de remissões para estudos mais aprofundados acerca de determinados temas. Por outro lado, o texto não visa dar resposta a questões prementes que possam resultar da leitura do título que se lhe atribui, tendo em vista, apenas e tão só, alertar para as problemáticas relacionadas com o assunto em debate.

² Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogado na Porto Law | BMFS Advogados, SP, RL.

1. Nota introdutória

A figura do protocolo familiar apresenta-se enquadrada naqueles que são os instrumentos de governação de empresas familiares, pelo que se justificará, na presente nota introdutória, definir aquilo que se entende por empresa familiar.

Pese embora existam dezenas de definições que têm vindo a ser avançadas por parte da doutrina, socorremo-nos dos ensinamentos de Ana Perestrelo de Oliveira³, que nos diz que por empresa familiar deverá entender-se uma empresa (ou grupo de empresas) controlada(s) por uma família⁴ ou, alternativamente, por mais do que uma família interligadas entre si, a qual, ou as quais, detêm uma maioria absoluta ou relativa do capital da(s) sociedade(s), de tal modo assegurando um bloco de controlo acionista relevante que permite, entre outras, a possibilidade de a(s) família(s) designar(em) a maioria dos cargos de administração da sociedade.

A governação de empresas familiares apresenta-se como uma das áreas de investigação mais relevantes à qual, tanto no âmbito do direito da família, do direito das sucessões, assim como do direito societário, não tem sido conferida a atenção que o tema reclama⁵⁻⁶.

³ Ana Perestrelo de Oliveira, “Manual de Governo de Sociedades”, Almedina, 2017, p. 36. Entre outras, veja-se também a definição avançada por Alexandre de Soveral Martins – Alexandre de Soveral Martins, “Governação das empresas familiares em Portugal. Algumas notas sobre as sociedades por quotas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, ano 8, volume 15, 2015, pp 13-27, mais precisamente na p. 14.

⁴ Por referência à noção jurídica de família no direito português, *vd.* Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “Curso de Direito da Família – Volume I – Introdução – Direito Matrimonial”, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.^a edição, 2016, p. 32. Atento o caminho percorrido por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de considerar as uniões de facto enquanto relações familiares, somos de opinião que uma empresa familiar poderá também ter como substrato pessoal uma relação familiar decorrente da união de facto. A respeito da figura da união de facto, e com relevo para a respetiva definição, assim como para efeitos de determinação da amplitude dessa mesma relação, *vd.* Rossana Martingo Cruz, “União de Facto Versus Casamento – Questões Pessoais e Patrimoniais”, Gestlegal, 2019.

⁵ Filipe Barreiros / José Costa Pinto, “As Empresas Familiares: Perspectivas da Sua Evolução de 2003 a 2013”, in *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal*, Almedina, 2013, p. 203. Veja-se, ainda, Arnaldo de Lima Borges Neto, “Da Corporate Governance à governança familiar: um contributo à aplicação dos princípios da governança corporativa e seus instrumentos às sociedades empresárias de responsabilidade limitada brasileiras de estrutura familiar”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, ano VIII, volume 1, 2016, pp. 131-209, nas pp. 131-132.

⁶ Entre outras, veja-se, exemplificativamente, que as seguintes empresas são empresas familiares: El Corte Ingles, Prada, Grupo Auchan, Decathlon, Hermes, Peugeot (até há pouco tempo), Yves Rocher, VW, Continental, Porsche, C&A, Knorr, BMW, Salvatore Ferragamo, Benetton, Fiar, L’Oreal, Carrefour, Michelin, Samsung, Hyundai, LG, Siemens, Ford, Wal-Mart, CBS Corporation, Marrion International, Ralph Lauren, Globo.

De facto, a relevância do tema é de tal modo inequívoca que é possível traduzir em números a importância deste tipo de sociedades no âmbito da economia nacional, europeia e internacional⁷.

De tal modo, veja-se que, segundo um relatório preparado pela *Ernst & Young* em 2014, 85% (oitenta e cinco por cento) de todas as em-presas europeias são detidas por famílias, representando, tais empresas, aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos postos de trabalho no setor privado na Europa.

Por seu turno, segundo o relatório encomendado pela Comissão Europeia *Final report of the expert group - Overview of family-business-relevant issues*, datado de 2009, entre 70% (setenta por cento) e 80% (oitenta por cento) das em-presas europeias são empresas familiares, e representam aproximadamente 50% (cinquenta por cento) do emprego.

Já a título internacional, importa reter que, segundo o relatório preparado pela PwC em 2014 (*Empresas familiares: O desafio do governance. Inquérito global sobre empresas familiares*), as empresas familiares perfazem 90% (noventa por cento) do PIB mundial, sendo que, em Portugal, tais empresas constituem a base do tecido empresarial, representando cerca de 80% (oitenta por cento) do total das empresas nacionais.

Ora, é no âmbito do tema da governação das empresas familiares que o protocolo familiar assume lugar de destaque, apresentando-se como uma das ferramentas de governação de sociedades familiares que permite regular, e planear, a vida da família empresária.

É precisamente sobre isso que nos iremos, de seguida, debruçar.

2. Conceito de protocolo familiar

De acordo com os ensinamentos de Rita Lobo Xavier, a noção de protocolo familiar tanto “*pode referir-se ao processo em desenvolvimento como ao resultado por ele alcançado depois formalizado num documento*”⁸, o que significa que o protocolo familiar pode ser entendido numa dupla vertente: o protocolo familiar tanto pode consistir num processo composto por um conjunto e atos e documentos que devem ser executados, como pode consistir num documento que em si contenha um conjunto de disposições relevantes para a regulação da vida empresarial da família. Concentremo-nos, para efeitos da presente intervenção, no conceito de protocolo familiar enquanto documento.

⁷ Relativamente a todos os dados apresentados, *vd.* Ana Perestrelo de Oliveira, “Manual de Governo de Sociedades”, Almedina, 2017, pp. 35-36.

⁸ Rita Lobo Xavier, “Sucessão familiar na empresa – A empresa familiar como objeto da sucessão *mortis causa*”, Universidade Católica Editora, 2017, p. 72.

Tal como sucede por referência à noção de empresa familiar, têm também vindo a ser avançadas distintas (mas semelhantes entre si) definições de protocolo familiar, o qual poderá ser entendido como um “*acordo consensual entre todos os membros da família proprietários da empresa – atuais ou potenciais - estabelecido por escrito, que institui um guia de conduta da família relativamente à empresa*”⁹, constituindo, portanto, um documento escrito que contém em si um conjunto de normas e procedimentos que regulam as relações família-empresa.

Nesse sentido, o protocolo familiar, figura que, acredita-se, tenha tido origem nos acordos entre sócios das *close corporations* norte-americanas, aí funcionando como peça chave da respetiva organização jurídica em complemento aos estatutos da sociedade, apresenta-se como instrumento regulador, ou pretensamente regulador, das relações que se estabelecem tanto entre a sociedade e a família que a domina, como também as regras de funcionamento e governação societária, o qual, para além de outras características, tem um papel de relevo no âmbito da sucessão e transmissão da sociedade às gerações familiares vindouras¹⁰.

Tendo por base o que acima se refere, conclui-se que o protocolo familiar pode ser entendido como acordo consensual, na medida em que o mesmo resulta do debate de ideias entre todas as partes que o subscrevem, que é celebrado pelos membros de determinada(s) família(s) que se relacionam com a sociedade e que, nessa sede, assumem determinado compromisso, podendo ser equiparado a um “*contrato-guia das relações estabelecidas e a estabelecer entre a família e a sociedade, e bem assim entre os membros da família porquanto as mesmas se podem vir a repercutir no seio societário*”¹¹.

3. Função e objetivo do protocolo familiar

De acordo com Paulo Olavo Cunha, a celebração de um protocolo familiar visa, entre outras questões, “*evitar a natural dispersão dos ativos que integral as empresas familiares, ou a sua venda precipitada, contribuindo, pela formação ou reforço de um núcleo coeso, para a conservação da unidade da empresa e do centro de decisão no seio desta*”¹².

⁹ Pedro de Sá e Melo, “Empresas Familiares – O Protocolo Familiar como um processo”, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito (Lisboa), 2016, p. 21.

¹⁰ Inês Helena Martins Lopes, “Sociedades Familiares (Conflitos familiares / societários)”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, p. 91.

¹¹ Por tudo quanto se refere, *vd.* Inês Helena Martins Lopes, “Sociedades Familiares (Conflitos familiares / societários)”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, p. 95.

¹² Paulo Olavo Cunha, “Direito Empresarial para Economistas e Gestores”, Almedina, 2.^a edição, 2016, p. 157.

Contudo, o protocolo familiar não visa, apenas, o propósito acima referido, na medida em que tal instrumento tem igualmente como objetivo o dar resposta ao grande número de problemas que surgem, não raras vezes, relativamente à titularidade de participações sociais, a matérias de sucessão empresarial (aqui se enquadrando tanto a sucessão ao nível da administração, como ao nível da titularidade das participações sociais representativas da empresa familiar), a governação da empresa (valores e princípios a observar). Tal justificar-se-á na medida em que tais problemas tanto afetam relações profissionais, como económicas e pessoais entre os membros da família e a própria sociedade.

O protocolo familiar permite, ainda, planejar “*a empresa familiar, permitindo providenciar um tratamento adequado aos problemas de governo e de sucessão nestas empresas. Este mecanismo tem como objetivo a garantia da continuidade da empresa, favorecendo as relações entre os vários membros da família e contribuindo para o equilíbrio entre o fator família e o fator gestão da empresa*”, sendo que o protocolo visa também o propósito de servir como código de conduta da família na sua vida empresarial, por via do qual se limita o poder da família em detrimento do seu sucesso empresarial¹³.

Adicionalmente, podem identificar-se como fins visados com a celebração do protocolo adicional (i) o fortalecimento da união da família no que respeita à empresa, sendo criados mecanismos necessários que permitam que a família possa atuar de forma estruturada na sua relação com a empresa, (ii) o incremento da profissionalização da própria sociedade (profissionalização das regras de governação societária), (iii) o aumento do nível de confiança dos *stakeholders* da sociedade, porquanto estes passarão a constatar que a existência de um protocolo adicional evita a ocorrência de litígios sociais, e (iv) o apoio à continuidade da empresa familiar ao longo das gerações futuras da família, mediante a definição do modelo de sucessão na liderança e na titularidade das ações representativas do capital social da(s) sociedade(s) que compõem a empresa familiar¹⁴.

4. As fases de criação do protocolo familiar

Atenta a complexidade subjacente à criação e implementação de um protocolo familiar, a doutrina tem vindo a avançar um conjunto de fases que devem ser observadas no âmbito da preparação de um tal instrumento.

Ora, segundo os ensinamentos de Paulo Olavo Cunha, no âmbito do processo de criação do protocolo familiar é possível identificar 8 (oito) fases distin-

¹³ Joseph Stephen Vianna Whitaker, “Aspectos Jurídicos e Societários nas Sociedades Familiares”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2014, p. 72.

¹⁴ Relatório “Diagnóstico - O Metal Portugal e as Empresas Familiares”, *Ebook* promovido pela Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e Afins de Portugal, 2018, p. 24.

tas, as quais, a título de curiosidade, passamos, de seguida, a expor¹⁵: (i) Fase da consciencialização: assimilação da ideia de que a celebração de um instrumento com esta natureza é conveniente à subsistência e eventual desenvolvimento da empresa; (ii) Fase da recolha de informação pertinente, aqui se incluindo o levantamento dos bens que integram a empresa; (iii) Fase da avaliação do património empresarial familiar (aqui se incluindo todos os bens e participações); (iv) Fase da elaboração de um relatório sobre a informação obtida e os resultados da avaliação efetuada; (v) Fase da realização da primeira reunião com a finalidade de discutir e analisar o relatório e preparar o calendário e atos subsequentes; (vi) Fase da elaboração dos diversos instrumentos jurídicos que permitem a execução dos atos pertinentes no âmbito da estratégia definida; (vii) Fase da apresentação e discussão dos projetos e negociações finais sobre o conteúdo dos atos a celebrar e das operações a realizar; (viii) Fase da formalização dos documentos que consubstanciam o protocolo familiar.

5. Regime jurídico

a) Natureza jurídica

Atenta a circunstância de a matéria relativa aos protocolos familiares não encontrar consagração legislativa em Portugal, afigura-se-nos que tais instrumentos encontrem a sua regulação abrangida no princípio da liberdade contratual, tal como previsto no artigo 405.º do Código Civil, o qual estabelece que as partes num determinado contrato, para além de serem livres de o celebrar ou não, são ainda dotadas da liberdade para conformar o respetivo conteúdo de acordo com os respetivos interesses, desde que verificados os requisitos legais¹⁶.

Por seu turno, importa ter presente que o n.º 2 do artigo 405.º do Código Civil Português estabelece que “*as partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei*”, o que nos remete para a figura dos contratos mistos.

Pese embora a figura do protocolo familiar não encontre consagração legal típica, como sucede, por exemplo, no ordenamento jurídico espanhol, a verdade é que a respetiva natureza jurídica encontra largas semelhanças com os denominados acordos parassociais, tal como previstos no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, que estipula o seguinte no seu número 1: “*Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa*

¹⁵ Paulo Olavo Cunha, “Direito Empresarial para Economistas e Gestores”, Almedina, 2.ª edição, 2016, pp. 157-158.

¹⁶ Joseph Stephen Vianna Whitaker, “Aspectos Jurídicos e Societários nas Sociedades Familiares”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2014, p. 73.

qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade”.

Ora, os acordos parassociais configuram verdadeiros contratos nos quais os respetivos intervenientes, na sua qualidade de sócios de uma determinada sociedade comercial, se comprometem a adotar determinado tipo de condutas, assim como a abster-se de praticar determinado tipo de atos, relacionados com o exercício de direitos sociais e com a relação estabelecida entre os próprios e a sociedade¹⁷.

Posto isto, afigura-se possível concluir, a final, que em face da não consagração legal, no ordenamento jurídico nacional, da figura do protocolo familiar, a mesma existirá, e será válida, ao abrigo do princípio da liberdade contratual tal como previsto no artigo 405.º do Código Civil. Por seu turno, atenta a estrutura, conteúdo, natureza, função, objetivos e eficácia semelhantes aos acordos parassociais previstos no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, sempre será possível defender que a figura do protocolo familiar encontra semelhanças indesmentíveis em relação aos negócios jurídicos previstos no mencionado preceito legal.

b) Forma

Tendo por base tudo quanto acima se referiu relativamente ao princípio da liberdade contratual que serve de base para a possibilidade de existência da figura do protocolo familiar no ordenamento jurídico nacional, somos de opinião de que o protocolo familiar goza, ao abrigo do disposto no artigo 219.º do Código Civil, de liberdade de forma no que respeita à respetiva celebração, o que equivale a dizer que as partes não têm que seguir nenhuma forma especialmente prevista para efeitos da respetiva formalização.

Não obstante, cremos que o protocolo familiar deve revestir a forma escrita, porquanto ainda que tal não seja exigido por lei, a verdade é que *“a sua densidade e complexidade exige que haja suporte físico para que os seus subscritores tomem, sempre que entendam necessário, contacto com o seu conteúdo e para que seja de fácil aplicação em caso de dúvidas e de conflitos”*¹⁸, circunstância que

¹⁷ Entre outros, vejam-se os seguintes (e interessantes) estudos acerca da parassociedade no direito societário: Diogo Costa Gonçalves, “Socialidade e parassociedade” in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, ano XI, 2019, pp. 133-151; Manuel Carneiro da Frada, “Acordos parassociais “omnilaterais”- Um novo caso de desconsideração da personalidade jurídica?”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, ano I, volume II, 2009, pp-97-135; Helena Catarina Silva Morais, “Acordos Parassociais”, Almedina, 2014.

¹⁸ Pedro de Sá e Melo, “Empresas Familiares – O Protocolo Familiar como um processo”, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito (Lisboa), 2016, p. 21.

implica que a generalidade dos protocolos familiares sejam, efetivamente, celebrados por escrito.

c) Publicidade

No que respeita à publicidade a conferir aos protocolos familiares, e atenta a falta de regulação expressa da matéria em Portugal, contrariamente ao que sucede em Espanha, somos de opinião que inexiste qualquer obrigatoriedade de publicidade dos mesmos, o que vai de encontro ao seu caráter tendencialmente, e preferivelmente (pelo menos para os respetivos signatários), confidencial.

No entanto, como bem recorda Pedro de Sá e Melo¹⁹, a verdade é que, caso estejamos perante uma sociedade aberta (aqui se incluindo as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidas à negociação em mercado regulamentado), tendo em conta a semelhança existente entre este instrumento e os acordos parassociais previstos no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, poderá ser equacionada a aplicação do disposto no artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários nos casos em que tal seja exigido, isto é, quando o protocolo familiar se assemelhe a um acordo parassocial que vise adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada na sociedade, ou assegurar ou frustrar o êxito de uma oferta pública de aquisição.

Em tais casos, aliás recorrentes em sede de conteúdo de um protocolo familiar, em que se visa a manutenção da participação qualificada de uma família, ou de alguns dos seus membros, em determinada sociedade comercial aberta, cremos que deverá dar-se cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários, que obriga a comunicar os acordos que contenham cláusulas nesse mesmo sentido à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários no prazo de três dias após a respetiva celebração, sob pena de contraordenação a determinar nos termos do mencionado diploma legal.

6. Conteúdo

Trataremos na presente secção de analisar, de forma necessariamente sumária e superficial, as disposições contratuais que usualmente são incluídas num protocolo familiar e que, sabemos, mas releva recordar, não coloca em causa a primazia dos estatutos da(s) sociedade(s) a que respeita, antes tendo eficácia meramente *inter partes* entre os respetivos signatários.

Adicionalmente, importa também reforçar a premissa de que, não raras vezes, a eficácia e validade de determinadas disposições incluídas no protocolo familiar se encontram dependentes de formalização mediante distintos instru-

¹⁹ Pedro de Sá e Melo, “Empresas Familiares – O Protocolo Familiar como um processo”, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito (Lisboa), 2016, p. 28.

mentos e/ou mecanismos legais. A esse respeito, pense-se, exemplificativamente, na possibilidade de tais disposições ficarem dependentes da formalização de testamentos, do conteúdo de convenções antenupciais, da constituição de sociedades comerciais, entre outras hipóteses.

Passemos, então, a elencar algumas das matérias que, geralmente, são encontradas no conteúdo de um protocolo familiar²⁰.

Por via de regra, o protocolo familiar começa definindo aqueles que são os **valores da família e a visão estratégica pretendida para a empresa familiar**, com o principal propósito de consagrar num instrumento escrito, assim possibilitando a transmissão às gerações futuras da família, tudo quanto esteve na base da criação e do desenvolvimento da empresa familiar. Nessas mesmas disposições é usualmente especificado o modo de resolução de conflitos entre familiares e que respeitem à empresa familiar, a abertura à entrada e/ou saída de determinados membros da família, as áreas de intervenção atuais e futuras da empresa familiar, a possibilidade de estabelecimento de alianças estratégicas com outros grupos empresariais, entre outras questões.

Tendo em consideração alguns dos fins que se pretendem prosseguir através da celebração de um protocolo familiar, outra das matérias que ocupa lugar de destaque nesse mesmo instrumento prende-se com o **direito das sucessões**²¹. De facto, atenta a circunstância de o protocolo familiar servir, entre outros, o propósito de regulação e previsão do modo de sucessão na titularidade das participações sociais representativas do capital social de determinada sociedade comercial²², o mesmo incluirá no seu conteúdo, não raras vezes, disposições relativas à matéria acima referida.

Outra das matérias usualmente incluídas no conteúdo de um protocolo familiar, e que em muito se relaciona com o direito das sucessões, prende-se com

²⁰ Para efeitos de elaboração da presente secção da nossa intervenção socorremo-nos, para além da experiência decorrente da prática jurídica na área sobre a qual recai a investigação, em alguns estudos, entre os quais se contam os seguintes: Pedro de Sá e Melo, “Empresas Familiares – O Protocolo Familiar como um processo”, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito (Lisboa), 2016; Joseph Stephen Vianna Whitaker, “Aspectos Jurídicos e Societários nas Sociedades Familiares”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2014; Inês Helena Martins Lopes, “Sociedades Familiares (Conflitos familiares / societários)”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016; Cláudia Sofia Martins Matias, “Conselho e Protocolo Familiar no Planeamento da Sucessão: Estudos de Caso em Empresas Familiares Portuguesas”, tese de doutoramento, Universidade da Beira Interior – Ciências Sociais e Humanas, 2018; entre outros.

²¹ Para um estudo aprofundado acerca do tema, *vd.* Cristina Araújo Dias, “Lições de Direito das Sucessões”, Almedina, 6.ª edição, 2019; AAVV, “Código Civil Anotado – Livro V – Direito das Sucessões”, coord. Cristina Araújo Dias, Almedina, 2018.

²² A este respeito, *vd.* Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, “Revolução Sucessória – Os Institutos Alternativos ao Testamento no século XXI”, Princípiã, 2018.

a matéria das **partilhas em vida** (cf. o artigo 2029.º do Código Civil), na medida em que, com relativa frequência, as primeiras gerações da família empresarial preferem regular em vida a forma de distribuição do respetivo património empresarial entre os seus herdeiros, tendo por objetivo evitar a verificação de conflitos familiares em sede de partilhas após a sua morte²³. Ora, considerando que o artigo 2029.º do Código Civil permite a doação entre vivos de todos, ou de parte dos bens de uma pessoa, a alguns dos seus herdeiros, consagrando-se ainda um direito de compensação a favor dos demais herdeiros a quem não hajam sido doados bens, esta é uma matéria geralmente incluída no conteúdo de um protocolo familiar.

O protocolo familiar consagra ainda, no respetivo conteúdo, a **estruturação, a representatividade, a organização, as competências, o funcionamento e a remuneração dos órgãos sociais da empresa familiar**. Nas disposições que respeitam aos temas acima referidos encontrar-se-ão consagradas a forma de admissão de familiares enquanto colaboradores da empresa familiar, as regras que deverão ser observadas por estes novos colaboradores membros da família, quais as políticas remuneratórias para os altos quadros da empresa, assim como para os titulares dos cargos de administração da sociedade, quais as estirpes da família, e em que medida, deverão ser designados enquanto membros do órgão de administração da sociedade, entre outras.

Por seu turno, o protocolo familiar é o local privilegiado para a família consagrar aquela que deverá ser a **política de distribuição de dividendos da empresa familiar**. Tal questão afigura-se de extrema importância, na medida em que deverá consagrar o necessário equilíbrio entre, por um lado, a distribuição de dividendos à família como forma de remuneração (recorde-se que o objetivo associado à prossecução de uma determinada atividade comercial através de uma sociedade é a distribuição de lucros aos sócios) e, por outro, a necessidade de constituição de reservas e de aforro familiar que permitam, mais do que garantir a manutenção de um *fundo de reserva da empresa familiar*, incrementar o património familiar empresarial. Poderão ainda incluir-se, nas cláusulas relativas à política de distribuição de dividendos, a política de concessão de empréstimos aos sócios.

Usualmente, o protocolo familiar contém ainda, no respetivo conteúdo, um conjunto de disposições destinadas a prever e implementar **processos de reorganização societária**, sendo possível prever-se, nessa mesma sede, a possibilidade de constituição de novas sociedades comerciais (aqui se incluindo as *holdings* que funcionem como *topo da hierarquia* societária da empresa familiar,

²³ Por referência ao tema em questão, e com relevância para a compreensão das doações em vida com finalidade sucessória, *vd.* Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, “Doações em Vida com Finalidades Sucessórias”, Princípiã, 2017.

e onde geralmente se encontram representados todos os ramos da família), fusões entre sociedades do mesmo grupo empresarial de cariz familiar, aquisições de sociedades distintas visando alargar o ramo de atividade da empresa familiar, cisões de sociedades, assim se permitindo garantir uma distribuição de cada um dos ramos de atividade da empresa familiar por cada um dos ramos da família, se tal for pretendido, entre outras possibilidades.

Com o propósito de garantir a manutenção das participações sociais no seio da família, por vezes encontrar-se-á referência, no conteúdo de um protocolo familiar, à **celebração de contratos de opções e futuros** (apenas possíveis quando estejam em causa sociedades anónimas, atenta a circunstância de as quotas não serem valores mobiliários e, consequentemente, não são passíveis de ser objeto deste tipo de contratos). De facto, este tipo de acordos permitirão reforçar o objetivo principal dos protocolos familiares, que passa por regular, limitando e/ou condicionando, a transmissão de participações sociais representativas do capital social de uma empresa familiar a terceiros estranhos à família.

Outro tipo de contratos cuja celebração se encontra usualmente prevista em sede de um protocolo familiar são os **contratos de compra e venda de bens a filhos**, cuja regulação se encontra prevista no artigo 877.º do Código Civil, que tal como o instituto das partilhas em vida permite a transmissão de participações sociais, mas agora a título oneroso, conquanto exista o consentimento dos restantes filhos.

Por fim, e no que respeita a **outros temas** passíveis de ser encontrados no conteúdo de um protocolo familiar, pense-se, entre outras questões, na previsão da criação dos órgãos da família, acompanhada da respetiva regulação e admissibilidade, assim como na estipulação de cláusulas de revisão periódica do conteúdo do protocolo familiar, de cláusulas de proteção ambiental e de responsabilidade social da empresa familiar, de disposições que prevejam a possibilidade de constituição de fundações e/ou associações, cláusulas que determinem a forma de resolução de conflitos que surjam entre membros da família e que respeitem à empresa familiar (aqui se incluindo, por vezes, o recurso à mediação familiar como instrumento de resolução de conflitos familiares de índole empresarial²⁴).

7. Problemas que a elaboração do protocolo familiar convoca

O conteúdo típico de um protocolo familiar convoca inúmeras, e complexas, áreas do Direito, as quais carecem de ser articuladas entre si tendo em vista conferir a necessária eficácia e validade ao protocolo adicional, de tal modo

²⁴ A este respeito, *vd.* Rossana Martingo Cruz, "A mediação familiar como meio complementar de justiça", Almedina, 2018.

permitindo que seja alcançado o resultado que com a sua celebração se pretendeu alcançar.

De acordo com os ensinamentos de Rita Lobo Xavier, cumpre em primeiro lugar referir, desde logo, que o resultado que se pretende obter com a celebração de um determinado protocolo familiar dependerá da eficácia jurídica de um tal documento, o qual deverá ser dotado de “*força obrigacional entre os sujeitos e cujo cumprimento possa ser exigido, se vier a ser necessário, através do recurso ao sistema de administração da justiça*”, sob pena de consistir apenas num conjunto de “*meros desejos ou intenções*”, ou “*regras protocolares*”, que não cumprirão o propósito subjacente à figura do protocolo familiar²⁵.

De facto, como refere a Autora, “*o problema da eficácia do protocolo familiar tem a ver, desde logo, com as limitações às possibilidades de produção dos efeitos jurídicos pretendidos. Como contrato, os seus efeitos ficam limitados ao âmbito subjetivo dos contraentes; como pacto parassocial, os seus efeitos ficam limitados aos sócios-partes, por não ser oponível à sociedade comercial titular da empresa; como documento integrante da regulação dos órgãos da empresa mercantil, os seus efeitos não são equiparados aos produzidos pelo contrato de sociedade; como documento organizativo das relações entre a empresa e a família empresária, os seus efeitos não podem pôr em causa as regras imperativas que para este âmbito existem no Direito familiar e sucessório*”, citação exemplificativa das dificuldades que suscita a elaboração de um protocolo familiar, e que justificam a intervenção de juristas especializados na preparação de tal documento²⁶.

Tal como *supra* destacado a propósito do conteúdo de um protocolo familiar, são também várias as matérias que convocam problemas no âmbito da elaboração de um protocolo familiar, e que passamos a enunciar de forma breve.

No que respeita a **matérias sucessórias**, como é de conhecimento geral, a verdade é que o ordenamento jurídico sucessório nacional consagra um regime jurídico imperativo, termos em que se exige a observância das respetivas regras quando as situações do dia a dia assim o reclamem. Por outras palavras, e com relevo para a temática da regulação da transmissão de participações sociais em sede de protocolo familiar, importa ter presente que, na medida em que as participações sociais representativas do capital social de uma sociedade podem ser objeto de sucessão, caindo na previsão das normas incluídas no regime jurídico sucessório português (a este respeito, e entre outros, vejam-se os artigos 2025.º, 2132.º e seguintes, 2156.º e seguintes e 2179.º e seguintes do Código Civil, re-

²⁵ Rita Lobo Xavier, “Sucessão familiar na empresa – A empresa familiar como objeto da sucessão *mortis causa*”, Universidade Católica Editora, 2017, p. 74.

²⁶ Rita Lobo Xavier, “Sucessão familiar na empresa – A empresa familiar como objeto da sucessão *mortis causa*”, Universidade Católica Editora, 2017, p. 74-75.

lativos aos títulos de vocação sucessória existentes, com relevo para o tema em debate).

Por seu turno, no que respeita a matérias de **partilha em vida**, importa reter que o recurso a tal instituto “*deve ser feito de acordo com as regras legais, cumprindo imperativamente todas as exigências, como o consentimento de todos os herdeiros e o pagamento das tornas por parte dos donatários a quem não o seja. Só desta forma se garante que, uma vez aberta a sucessão, estas acções, praticadas em vida, não são susceptíveis de ser impugnadas, frustrando-se os objectivos pretendidos com a partilha em vida*”²⁷.

A este respeito, considerando que um protocolo familiar pode conter, e não raras vezes contém, aquilo a que se chama o desenho jurídico da sucessão²⁸, por via da consagração “*dos meios jurídicos mais adequados ao ordenamento da sucessão mortis causa, com o objetivo de que a transmissão aos sucessores do ativo e passivo do sócio causante, vá de encontro às vontades deste, ao mesmo tempo que permite a sobrevivência das empresas, mantendo a paz familiar*”, a verdade é que o mesmo não pode colidir com o disposto no artigo 2028.º do Código Civil, que consagra a nulidade dos **pactos sucessórios**, termos em que não é possível desconsiderar tal circunstância em sede de elaboração do protocolo familiar²⁹.

Outro problema com que o autor de um protocolo familiar se pode deparar diz respeito às **limitações à liberdade de escolha do regime de bens de um casamento entre os cônjuges**, o que sucederá na medida em que, pese embora o artigo 1698.º do Código Civil consagre a liberdade subjacente à convenção antenupcial, a verdade é que existe um conjunto de restrições a essa mesma liberdade de convenção, tal como as previstas no artigo 1699.º do mesmo diploma legal, e que devem ser tidas em consideração em sede de elaboração de uma convenção antenupcial³⁰.

Importa ainda ter presente que não obstante o facto de o protocolo familiar encontrar o seu campo de expressão no âmbito da autonomia da vontade, a verdade é que existem **limites à liberdade contratual** que devem sempre ser tidos em consideração aquando da preparação de um tal documento. Nesse sentido, as disposições constantes de um protocolo familiar não poderão ser nem

²⁷ Pedro de Sá e Melo, “Empresas Familiares – O Protocolo Familiar como um processo”, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito (Lisboa), 2016, p. 35.

²⁸ A este respeito, *vd.* Rita Lobo Xavier, “Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões”, Universidade Católica Editora, 2016.

²⁹ Inês Helena Martins Lopes, “Sociedades Familiares (Conflitos familiares / societários)”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, p. 106.

³⁰ A este respeito, entre outros, *vd.* Rita Lobo Xavier, “Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges”, Almedina, 2000.

contrárias à lei, nem à ordem pública, nem aos bons costumes, conforme resulta do disposto no artigo 280.º do Código Civil.

Por seu turno, pese embora tenhamos referido, acima, que por vezes o protocolo familiar consagra, em si mesmo, métodos de **resolução de litígios**, a verdade é que nem todos os litígios emergentes da respetiva interpretação, aplicação e execução poderão ser resolvidos da mesma maneira, o que sucederá, desde logo, na medida em que muitos dos direitos em causa nas relações familiares são direitos indisponíveis e nem sempre permitem o enquadramento dos litígios no caráter patrimonial de arbitralidade previsto no número 1 do artigo 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária, que de forma recorrente é o meio de resolução de litígios escolhido para efeitos de resolução dos diferendos que surjam entre a família por referência à empresa familiar³¹.

Deverá ainda ter-se em consideração, aquando da elaboração de um protocolo familiar, das disposições relativas aos deveres conjugais e ao princípio da igualdade entre os cônjuges.

No que respeita aos **deveres conjugais**, cumpre afirmar que vemos com extrema dificuldade que as disposições que resultem do protocolo familiar, possam, de alguma forma, impor alguma limitação ao cumprimento dos deveres dos cônjuges previstos, entre outros, no artigo 1672.º do Código Civil³².

Por seu turno, recorde-se que vigora, no ordenamento jurídico nacional, com força constitucional, o **princípio da igualdade entre os cônjuges** (cf. os artigos 1671.º do Código Civil e o n.º 3 do artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa), o que significa que em momento algum tal princípio pode ser posto em causa em face da assunção de um ou mais compromissos, por parte dos cônjuges, em sede de protocolo familiar.

Por fim, a reconhecida **fragilidade da garantia associada aos direitos familiares de índole pessoal** deverá igualmente ser tida em consideração em

³¹ Uma das principais razões para que tal suceda, cremos, será o caráter confidencial da arbitragem, que permite que os *problemas da família permaneçam, e sejam tratados, dentro da família*.

³² Entre outras, pense-se na seguinte hipótese: um dos cônjuges é signatário de um protocolo familiar que “impõe” que o mesmo seja designado como membro do órgão de administração de uma determinada sociedade, sob pena da verificação de consequências graves e que lhe são desfavoráveis ao nível da sucessão das participações sociais que caibam à geração anterior da família empresária. Pense-se, neste mesmo caso, que para além de a sociedade não ter liquidez suficiente para remunerar os titulares dos respetivos órgãos sociais, não existe perspetiva de que tal venha a suceder durante um longo período de tempo. Ora, neste caso, se e na eventualidade em que fosse colocado em questão o dever de assistência do cônjuge, nos termos dos artigos 1672.º e 1675.º do Código Civil, na modalidade de contribuição para os encargos da vida familiar, o protocolo familiar não pode nunca ser tido como pressuposto para o incumprimento de tal dever conjugal.

sede de elaboração de um protocolo familiar, atento o especial cuidado que o tratamento de tal matéria reclama³³.

Entre outros, são estes alguns dos problemas que, na nossa opinião, se afiguram de extrema relevância em sede de elaboração e execução de um protocolo familiar.

8. Síntese conclusiva

Em resumo de tanto quanto acima se referiu, afigura-se inequívoca a relevância do tema relativo à governação de empresas familiares, atenta a expressão deste *tipo* de sociedade (e não *tipo* societário) no tecido empresarial português.

Considerando que o protocolo familiar constitui um importante e complexo instrumento de governação deste tipo de sociedades familiares, afigura-se urgente dar à figura o tratamento detalhado que a mesma reclama.

Atenta a respetiva natureza jurídica, o seu conteúdo, os problemas que a matéria em questão convoca, a interdisciplinaridade verificada entre várias áreas do Direito, assim como as dificuldades inerentes à sua criação, cremos que a figura do protocolo adicional encontra um lugar de destaque nas problemáticas matérias de governação de empresas familiares.

Apenas sendo possível percecionar os institutos que a lei consagra, ou permite, em favor de uma melhor governação societária de empresas familiares, será possível dar um passo definitivo em direção ao desenvolvimento deste tão relevante tipo empresarial.

Está dado o primeiro passo, cumprindo, doravante, apostar no estudo de matérias como a que na presente sede foi abordada.

³³ Acerca da fragilidade da garantia dos direitos familiares de índole pessoal, *vd.* Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “Curso de Direito da Família – Volume I – Introdução – Direito Matrimonial”, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5.^a edição, 2016, pp. 182 e seguintes.

A (FALTA) DE PREPARAÇÃO DOS TRIBUNAIS PARA ASSEGURAR A PROTEÇÃO DAS *MINORIAS DENTRO DAS MINORIAS*: OS CASOS DE ABANDONO ESCOLAR POR CRIANÇAS DE ETNIA CIGANA

*Maria João Lourenço*¹

1. Introdução

No decurso do ano transato tomamos conhecimento de uma decisão judicial que foi alvo de atenção e verdadeiro debate nacional, a propósito das necessidades de proteção e promoção dos menores em perigo.

Em causa, uma sentença proferida pelo Juízo de Competência Genérica de Fronteira que, a propósito do abandono escolar de uma criança, de 15 anos de idade, de etnia cigana, concluiu que a menor não estava em situação de perigo, uma vez que o abandono seria justificável à luz da cultura da sua família. Uma onda generalizada de contestação surgiu nos mais variados setores da sociedade portuguesa, sendo inúmeras as vezes que se opuseram frontalmente ao juízo do Tribunal. Alegou-se, entre o mais, que o Tribunal não assegurou a proteção de direitos fundamentais daquela criança, ao legitimar o seu abandono escolar em fase de instrução obrigatória.

¹ Advogada. Assistente convidada da EDUM. Investigadora júnior do JUSLAB. Doutoranda em Ciências Jurídicas na EDUM

Anos antes, em 2012, o Tribunal da Relação de Lisboa, reanalisando uma situação idêntica, em que a menor havia abandonado os seus estudos após atingir a menarca, considerou que a criança se encontrava em perigo e ordenou a realização de um trabalho pedagógico junto dos seus pais, assim procurando que esta regressasse à instituição de ensino e continuasse os estudos.

Na intervenção destas Jornadas internacionais «Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares» não procurámos debater o complexo equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais que nos trazem estes casos. Pretendemos, outrossim, analisar os argumentos trazidos pelos Tribunais à luz de uma ótica de proteção das *minorias dentro das minorias* (crianças de etnia cigana). Procuramos trazer à colação as carências na formação dos nossos magistrados para intervir nestas situações e chamamos ainda atenção ao conjunto de meios que estão à sua disposição para melhor decidirem nestas situações (seja através do recurso à prova cultural, antropológica e sociológica, seja através da imposição de uma efetiva intervenção do mediador sociocultural no quotidiano das escolas e em colaboração com os Tribunais).

Entendemos que só assim se poderá assegurar uma maior proximidade entre os Tribunais e estas famílias e crianças, muitas vezes desprotegidas: não apenas na perspetiva do reforço do diálogo intercultural e da coesão social, mas de uma justiça com mais equidade.

2. O caso

Corria o ano de 2016 quando uma criança, de etnia cigana com 15 anos de idade, deixou de frequentar as aulas do 7.º ano de escolaridade.

O agrupamento de escolas que a adolescente frequentava alertou para as faltas persistentes da aluna à Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ). Esta entidade contactou os pais, no sentido de serem eles a promover a assiduidade da sua filha. Acontece que os seus pais não deram consentimento para que a filha frequentasse a escola, invocando razões culturais². Perante esta falta de cooperação, foi dado conhecimento da situação ao Ministério Público (MP), que abriu um processo de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, que correu os seus termos sob o n.º 315/16.6T8FTR, no Juízo de Competência Genérica de Fronteira, da Comarca de Portalegre.

² De acordo com os esclarecimentos prestados sobre este caso por Sérgio Lopes, Presidente da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, os pais tomaram tal posição porque «a honra das famílias ciganas está centrada no comportamento das raparigas, que se devem manter virgens até ao casamento, amiúde celebrado em idades precoces». Cf. ANA CRISTINA PEREIRA, «Tribunal aceita abandono escolar de jovem cigana em nome da tradição», in *Jornal Público*, de 5 de setembro de 2019, disponível em <https://www.publico.pt/2018/09/05/sociedade/noticia/tribunal-de-fronteira-aceita-abandono-escolar-de-rapariga-cigana-1842986> (15.11.2018).

No decurso do processo em causa, o Tribunal ouviu a jovem, os seus pais e a técnica da CPCJ.

Findas as diligências, o MP propôs o arquivamento dos autos e a juiz concluiu que “inexiste de todo em todo, e muito claramente, perigo actual assaz necessário para a intervenção judicial”.

Da decisão proferida, datada de 5 de janeiro de 2017, fez-se notar que, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo³, considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações:

- a Está abandonada ou vive entregue a si própria;
- b Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- c Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- d Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais;
- e É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;
- f Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- g Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.
- h Tem nacionalidade estrangeira e está acolhida em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, sem autorização de residência em território nacional.

³ Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, com última redação conferida pela Lei n.º 26/2018, de 05 de julho.

No caso em apreço - e perdoe-nos o leitor pela citação direta e quase integral da decisão, apenas se justificando porque consideramos de extrema relevância o seu teor - o Tribunal concluiu o seguinte:

«Da audição dos intervenientes resultou que a menor não demonstra motivação para frequentar a escola, ajudando a mãe nas tarefas domésticas, na medida em que esta, por doença, não as consegue realizar.

Por outro lado, resultou de tais declarações, que o facto de a (...) ser de etnia cigana, e por cumprir com as suas tradições, a leva a considerar que não necessita de frequentar a escola, atenta a sua idade.

Ademais, verificou-se que a jovem sabe ler, compreendendo o significado do que lê.

Ora, da factualidade apurada, verifica-se que a (...) não se encontra em perigo, não sendo a sua situação enquadrável em nenhuma das alíneas elencadas no artigo 3.º.

Assim, apesar de efetivamente se verificar que aquela não frequenta assiduamente a escola em que está inscrita, note-se que a mesma já tem 15 anos, e que possuiu as competências escolares básicas, por necessárias, ao desenvolvimento da sua atividade profissional, bem como de integração social no meio de pertença (art. 1.º e 3.º da LPCJP).

Acresce que é do entendimento deste Tribunal que, embora exista algum risco de que, no futuro, e alterando-se as condições e possibilidades de progressão profissional, ou necessidade de requalificação noutra área de atividade, não se mostra, neste momento da sua vida, a jovem minimamente motivada para a continuação da aprendizagem na escola.

Sucede que há-se ajuizar-se que o desenvolvimento da personalidade e capacidades dos jovens, atualmente, para o prosseguimento de uma vida digna, adequada às regras sociais e jurídicas, se molda, por vezes, por caminhos diversos e igualmente recompensadores que não simplesmente a frequência da escolaridade até à maioridade, como precisamente sucede neste caso.

Conclui-se que apesar de subsistir este fator de risco, relacionado com a falta de assiduidade escolar, inexistente, de todo em todo, e muito claramente, o perigo atual, assaz necessário para a intervenção judicial neste âmbito de promoção e proteção.

Resulta, pois, que não existe atualmente, em relação à (...) perigo que ponha em causa a sua saúde, a segurança, formação e educação, não se augurando necessária a aplicação de qualquer medida de promoção e proteção.

Assim, pelo exposto, tendo em consideração a atual situação da (...) e atendendo ao promovido pelo Ministério Público, determino o arquivamento dos autos»⁴.

No ano letivo seguinte tudo começou de novo: a adolescente não compareceu na escola, que por sua vez disso deu conhecimento à CPCJ, que para além de ter convocado os pais, remeteu o caso para o MP.

2.1 A polémica gerada em torno da decisão

Uma onda generalizada de contestação surgiu nos mais variados setores da sociedade portuguesa, sendo inúmeras as vozes que se opuseram frontalmente ao juízo do Tribunal.

Alegou-se, entre o mais, que o Tribunal não assegurou a proteção de direitos fundamentais daquela criança, ao legitimar o seu abandono escolar em fase de instrução obrigatória. A discussão ganhou sobretudo amplitude porque da sentença ficou a contar que a menor já possuirá as competências escolares básicas para «integração social no seu meio de pertença» e que «o desenvolvimento da personalidade e capacidades dos jovens, atualmente, para o prosseguimento de uma vida digna, adequada às regras sociais e jurídicas, se molda, por vezes, por caminhos diversos e igualmente recompensadores que não simplesmente a frequência da escolaridade até à maioridade, como precisamente sucede neste caso».

A decisão foi criticada porque seria violadora do direito fundamental de acesso à educação, visto como alicerce fundamental para o desenvolvimento das crianças como pessoas e membros de uma sociedade. Nesse sentido, salientou Rosa Monteiro, Secretária de Estado para a Igualdade e Cidadania, que «permitir que uma rapariga de 15 anos não cumpra a escolaridade obrigatória é negar-lhe o acesso à vida plena, condenar o seu futuro profissional e cidadão»⁵.

Apesar de não comentar a decisão concreta, o Alto Comissariado para as Migrações referiu que o direito à educação «não é compaginável com quaisquer abordagens que relativizem esse princípio à luz de quaisquer interpretações ‘culturais’», garantindo que encetaria diligências junto da Comissão Nacional e da local «por forma a procurar formas de garantir esse mesmo direito»⁶.

⁴ A referência à identificação da menor foi proposadamente omitida pelo Tribunal no momento em que nos facultou a sentença para a presente investigação. Daí que o seu nome seja substituído pelos parêntesis ao longo da citação apresentada.

⁵ Cf. ANA CRISTINA PEREIRA, «Tribunal aceita abandono escolar de jovem cigana em nome da tradição», in *Jornal Público*, de 5 de setembro de 2019, disponível em <https://www.publico.pt/2018/09/05/sociedade/noticia/tribunal-de-fronteira-aceita-abandono-escolar-de-rapariga-cigana-1842986> (15.11.2018).

⁶ *Ibidem*.

Por seu turno, Maria José Casa-Nova, Coordenadora do Observatório das Comunidades Ciganas, esclarece que as jovens de etnia cigana expressam maior vontade de estudar que os rapazes, mas mais cedo são norteadas para o abandono escolar, pese embora cada vez haja um maior número a continuar o seu percurso escolar. Reagindo contra a decisão que agora analisamos, defende que a falta de demonstração de motivação para prosseguir os estudos ou o interesse no cumprimento das suas tradições, não pode ser razão para decidir pela não frequência escolar, implicando tal uma negação «do direito humano fundamental à formação de cidadãos e cidadãs conscientes e críticos/as». Questiona, entre o mais: «como é que se pode considerar que possui as competências escolares básicas, por necessárias, ao desenvolvimento da sua actividade profissional, bem como pela integração social no meio de pertença?»; «Que profissão? Não seria mais indicado decretar medida que garantisse condições para a adolescente continuar a sua formação?»⁷.

As organizações que promovem a igualdade de oportunidades e a defesa da etnia cigana, como o Observatório das Comunidades Ciganas e a Letras Nómadas relembram que há outras alternativas ao ensino tradicional, que podem assegurar o direito à educação destas jovens. Referem, a título exemplificativo, o ensino doméstico, lecionado em casa do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite com habilitação suficiente. E o ensino individual, ministrado por um professor a um único aluno fora do estabelecimento de ensino, como em centros de explicações. A presença na escola, em ambas as tipologias do ensino, apenas será exigível em determinados dias, para realização de exames. Muito apesar de o ensino doméstico, ou à distância, não promovam o contacto intercultural, podem configurar soluções para assegurar o direito à educação destes alunos, já que são alternativas que permitem conciliar o dever de cumprir a escolaridade obrigatória com o tradicional recato das jovens de etnia cigana até ao dia do casamento⁸.

Também o poder político não ficou afastado desta discussão. A vereação do PSD na Câmara Municipal de Lisboa manifestou, nas redes sociais, que considerou a sentença da Comarca de Portalegre «além de inconstitucional, absolutamente contrária aos princípios que regem a nossa democracia de promoção

⁷ *Ibidem*.

⁸ O ensino doméstico foi a solução procurada por cerca de 92 estudantes no ano letivo 2016/2017, a maior parte na Grande Lisboa. Curiosamente, foi nesse ano letivo que, primeira vez, desde 1990, o Ministério da Educação procurou conhecer, à escala nacional, a situação escolar dos alunos de etnia cigana. O levantamento do perfil escolar da comunidade cigana, que caracteriza os alunos matriculados nas escolas públicas do continente, permitiu concluir que número de estudantes de etnia cigana a frequentar a escola obrigatória duplicou em 20 anos, mas a sua presença diminui à medida que a escolaridade sobe e o encaminhamento para outras ofertas educativas começa logo no primeiro ciclo. Cf. relatório elaborado pela Direção Geral de Estatísticas da Educação e Ciência, disponível em <http://www.dgeec.mec.pt/np4/906.html> (02.11.2019).

de igualdade de oportunidades e de direitos e deveres a todos os cidadãos, independentemente da sua origem, raça, credo ou contexto socioeconómico» e «vem contribuir para a exclusão social e para a perpetuação dos ciclos de pobreza e a falta de mobilidade social e educacional entre gerações de determinados grupos marginalizados»⁹.

2.2 Um precedente não persuasivo

O caso que anteriormente abordamos não foi o primeiro na história da nossa jurisprudência. Esta questão do abandono escolar por jovens de etnia cigana já havia sido debatida nos nossos Tribunais no ano de 2012. Neste outro caso, que correu termos sob o n.º 783/11.2TBBRR.L1-1, pese embora o Tribunal de 1.ª instância tivesse tido igual entendimento, i. e., que a criança não se encontrava em situação de perigo, a 2.ª instância adotou uma posição diferente.

Nesta segunda situação, uma jovem de etnia cigana, com 16 anos de idade, foi sinalizada pela CPCJ, por ter abandonado a frequência do 8.º ano de escolaridade, em que se encontrava matriculada.

Contactados os pais da menor, foi por eles justificado o abandono escolar devido à circunstância de a menor ter atingido a menarca e, de acordo com a cultura da comunidade que integram, ser obrigada a deixar a escola para preservar a sua *pureza*.

O caso foi participado ao MP, que abriu um processo de promoção e proteção de crianças e jovens, propondo uma medida de apoio junto dos pais, com a obrigação de a menor frequentar a escola e concluir a escolaridade.

Após audição das partes, foi requerido e apresentado um relatório social, nos termos do qual ficou patente que a criança integrava um agregado familiar de etnia cigana, que seguia as regras e princípios culturais próprios, e que os progenitores eram figuras cuidadoras e protetoras, encarando a frequência escolar como colocando a filha em risco, desprotegida. Do mesmo ficou ainda a constar que os pais, embora de baixa escolaridade, se encontravam inseridos profissionalmente e sempre satisfizeram as necessidades dos filhos no que diz respeito à saúde, habitação, higiene, vestuário, alimentação e afetos.

Analisados e ponderados todos os factos, a 1.ª instância teve em linha de conta o constante do relatório social, nos termos do qual a menor integrava um «agregado familiar de etnia cigana, que se organiza segundo regras e princípios culturais próprios, fortemente enraizados». Lê-se no despacho que «a recusa da inserção escolar não radica assim numa situação de desprotecção ou de incapacidade de contenção por parte dos progenitores, mas insere-se numa diversidade

⁹ Vd. DIOGO CAMILO; LEONOR RISO, «PSD/Lisboa crítica decisão de tribunal sobre criança cigana» in *Sábado*, 6 setembro de 2018, disponível em <https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/psdlisboa-critica-decisao-de-tribunal-sobre-crianca-cigana> (15.11.2018).

de valores própria da origem do agregado familiar, que não tem comunicação com quaisquer factores de risco relacionados com a dinâmica familiar».

Para ajuizar da situação em apreço, o Tribunal apresentou uma cuidada ponderação entre os interesses em causa: o direito dos pais à educação e à manutenção dos filhos; o direito à identidade; o direito da criança não ser separada dos seus pais contra a vontade destes; o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; e o direito a não ser privada de, conjuntamente com os membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural.

Decidindo que, atendendo à sua idade, à vontade manifestada pelos seus progenitores de não ser sujeita a qualquer tipo de intervenção, e aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e atualidade, da responsabilidade parental e da prevalência da família, não se encontravam reunidos os pressupostos que legitimariam a aplicação de qualquer medida de promoção e proteção. Assim, concluiu o Tribunal que a menor não se encontrava em situação de perigo que justificasse a intervenção judicial, determinando o arquivamento dos autos.

Inconformado, o MP recorreu desse mesmo despacho, alegando que a menor se encontrava numa situação de perigo ao nível da sua formação escolar e social, que acarretaria riscos para a educação e formação da jovem e respetivo desenvolvimento integral da sua personalidade e futura inserção na vida profissional. Alegou que os pais, ao não incentivarem ou favorecerem a sua escolaridade e educação, a colocaram, por omissão, em situação objetiva de perigo. Defendeu ainda que, mesmo pertencendo à etnia cigana, o Estado teria que assegurar o seu direito à escolaridade e tomar as medidas mais adequadas para ultrapassar o abandono e o insucesso escolar. Mais referiu, nas alegações de recurso, que ao considerar que a situação da jovem não se enquadrava numa situação objetiva de risco para a sua educação e desenvolvimento, e determinar o arquivamento dos autos, apenas porque a menor integra a comunidade cigana que desvaloriza a escola, a decisão proferida não respeitou o superior interesse da jovem e o seu direito à educação. Concluiu, peticionando que fosse revogada a decisão de arquivamento e substituída por uma outra que determinasse a continuação dos autos, com vista à designação de data para o debate judicial e consequente fixação da medida protetiva e promotora dos direitos da jovem.

Os pais da menor contra-alegaram, apelando a que a 2.^a instância fizesse uma ponderação, essencialmente entre os seguintes direitos fundamentais: o direito à educação; o direito a ter a sua própria vida cultural; e o direito dos pais à educação dos filhos. Argumentaram ainda que a recusa na frequência escolar por parte da menor não iria culminar num qualquer facto de risco, face à dinâmica familiar e da própria cultura.

O Tribunal da Relação de Lisboa proferiu acórdão, datado de 20.03.2012, e referiu que «Face aos factos apurados e em obediência ao princípio da propor-

cionalidade acima enunciado, há que conciliar o interesse da jovem em causa em ter acesso a uma educação igual à dos outros jovens e as suas raízes culturais que a levam a acreditar, bem como, à sua família que “atingida a menarca da jovem, deve deixar a escola para preservar a sua pureza”.

Tal desiderato não é incompatível, antes aconselha, a prossecução dos autos para se assegurar a liberdade de decisão da menor já com 14 anos de idade.

As realidades sociológicas não são estáticas e não é aceitável que a justificação para a menor deixar de frequentar o ensino obrigatório seja a preservação da sua “pureza”.

Há que explicar aos pais da menor que uma coisa não exclui a outra e que a escolaridade obrigatória visa defender as crianças e os jovens, evitando que entrem prematuramente no mercado de trabalho com prejuízo par ao seu normal desenvolvimento psico-social».

Em face desta exposição de motivos, revogou a sentença da 1.ª instância e ordenou apoio junto dos pais para que compreendessem a necessidade de a menor concluir a escolaridade obrigatória.

3. Objeto e objetivos da investigação

Como adiantamos já, no presente texto não discutiremos o complexo equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais que nos trazem estes casos. Pretendemos, outrossim, analisar os argumentos trazidos pelos Tribunais à luz de uma ótica de proteção das *minorias dentro das minorias*. Esta análise será especialmente voltada para o cuidado com que os Tribunais de 1.ª instância abordaram e consideraram as particularidades destes casos. Isto é, para o juízo muito próximo de um juízo antropológico e sociológico que estas matérias sempre exigem, mas que poucas vezes são trabalhados e menos vezes ainda admitidos pelos nossos Tribunais. Não obstante seja esse juízo crítico e cuidado sobre a diversidade cultural que legitima as decisões judiciais nos casos que envolvem multiculturalismo.

4. As minorias dentro das minorias

A particularidade das situações em apreço leva-nos a defender que apenas um Tribunal especialmente preparado e sensível ao multiculturalismo será capaz de tomar uma decisão consciente e verdadeiramente ponderada sobre todos os interesses em causa. Mas só um Tribunal com conhecimentos aprofundados sobre a diversidade cultural e as particularidades de cada cultura estará legitimado a tomar essa decisão. É que estas situações não remetem apenas o Tribunal para uma - e nem sempre simples - ponderação daquele que é o superior interesse da criança. Elas implicam que o Tribunal faça tal ponderação à luz

daquele que é o superior interesse da criança dentro da comunidade étnica em que a mesma se insere. Falamos, por isso, da proteção dos interesses de uma minoria desprotegida - as crianças - dentro de uma outra minoria desprotegida - a comunidade cigana.

Consequentemente, defendemos que Tribunal tem que ser sensível para realizar tal ponderação à luz de valores culturais próprios, que nestas situações se distanciam daquela que é a perspetiva da comunidade maioritária. Mas estar sensível não é suficiente, já que só o conhecimento aprofundado desta cultura permitirá ao Tribunal tomar uma decisão que reflita e respeite verdadeiramente os interesses em causa, sem cair no erro de trazer à colação juízos de ciência privada, formados à luz de uma perspetiva etnocêntrica.

Por isso, esse conhecimento aprofundado sobre a cultura minoritária, que permitirá ao Tribunal encerrar o seu juízo valorativo, não pode nem deve assentar num conjunto de afirmações de senso comum, genericamente proferidas e enraizadas em preconceitos ou generalizações vagas. A decisão deve, pois, fundar-se em conhecimento verdadeiramente especializado, que apenas pode chegar à sala dos Tribunais através de relatórios elaborados por peritos (que sempre podem ser especialistas em sociologia e/ou antropologia).

Apesar de este conhecimento não ter sido produzido nem nenhuma das decisões analisadas, notamos uma clara diferença nos juízos valorativos apresentados nas decisões proferidas pelas primeiras instâncias e no acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa: é que naquelas, o Tribunal demonstrou estar, verdadeiramente, aberto e disponível a ponderar os interesses da minoria étnica a que as crianças pertenciam. Já o Tribunal da Relação, apesar de não esquecer tal circunstancialismo e de não se mostrar fechado ao multiculturalismo, teceu uma argumentação que, no nosso entender, apenas pode ser enquadrada como um juízo etnocêntrico.

Não conseguimos entender ou interpretar de outra forma o argumento apresentado, de que «as realidades sociológicas não são estáticas e não é aceitável que a justificação para a menor deixar de frequentar o ensino obrigatório seja a preservação da sua “pureza”». Ao referir «não [ser] aceitável» invocar um fator de ordem cultural para justificar o abandono escolar, o Tribunal nem sequer chega a fazer uma ponderação dos interesses em causa, desconsiderando em absoluto as crenças e as preocupações culturais que justificariam o abandono escolar.

Pelo contrário, as primeiras instâncias apresentaram uma ponderação ajuizada sobre os diferentes direitos em conflito, sem esquecer de analisar os preceitos em causa à luz de uma valoração muito cuidada e próxima daquela que será feita pela minoria étnica em que a criança se insere. Manifestações destas preocupações podem encontra-se nas seguintes passagens:

- «Por outro lado, resultou de tais declarações, que o facto de a (...) ser de etnia cigana, e por cumprir com as suas tradições, a leva a considerar que não necessita de frequentar a escola, atenta a sua idade»;

- a jovem «possuiu as competências escolares básicas, por necessárias, ao desenvolvimento da sua atividade profissional, bem como de integração social no meio de pertença»;

- «o desenvolvimento da personalidade e capacidades dos jovens, atualmente, para o prosseguimento de uma vida digna, adequada às regras sociais e jurídicas, se molda, por vezes, por caminhos diversos e igualmente recompensadores que não simplesmente a frequência da escolaridade até à maioridade»;

- a jovem integra um «agregado familiar de etnia cigana, que se organiza segundo regras e princípios culturais próprios, fortemente enraizados»;

- «a recusa da inserção escolar não radica assim numa situação de desprotecção ou de incapacidade de contenção por parte dos progenitores, mas insere-se numa diversidade de valores própria da origem do agregado familiar, que não tem comunicação com quaisquer factores de risco relacionados com a dinâmica familiar».

Cada uma destas é, por si, exemplo claro e evidente dos cuidados que os Tribunais de primeira instância tiveram em perceber em que agregados familiares tinham crescido as jovens; se esses mesmos núcleos seguiam e respeitavam as crenças da etnia cigana; se protegiam os seus interesses e asseguravam os cuidados com a saúde, alimentação; se as apoiavam no seu crescimento; se cada uma delas já possuía os conhecimentos e competências básicas de educação que pudessem assegurar a integração no meio sociocultural.

Por isso, estas duas sentenças podem configurar um padrão de especial cuidado que pode bem servir para os Tribunais em situações futuras e idênticas: não apenas a propósito do abandono escolar de crianças de etnia cigana, mas de todas as demais questões que, envolvendo multiculturalismo, possam e devam ser valoradas de acordo com diferentes padrões socioculturais.

5. O dever de fundamentação, a legitimidade da decisão e o recurso às perícias sociológicas e antropológicas

Apesar de aplaudirmos o juízo e a fundamentação das decisões das primeiras instâncias, consideramos que os Tribunais poderiam ter ido mais longe. Entendemos que as considerações que apresentaram, de natureza generalista, exigiriam maior aprofundamento. Parece-nos que nas duas situações, os Tribunais reconheceram tal necessidade e essa foi a razão pela qual fizeram uma referência clara e pertinente aos relatórios sociais elaborados.

Todavia, entendemos que as situações em apreço justificariam e impunham até a produção de prova pericial cultural, sociológica e/ou antropológica, pois que o multiculturalismo e, mais do que isso, a valoração de atos praticados à luz de outras culturas que não a do julgador, exige parcelares conhecimentos e sensibilidades, como vimos.

É que, além da ponderação do superior interesse da criança dentro de uma cultura minoritária, situações deste género forcem os Tribunais a questionar de que forma devem valorar a prática de ilícitos praticados à luz de tradições de minorias étnicas. Como admitir exceções aos regimes legalmente previstos em nome de valores que apenas são partilhados por uma minoria? De que modo e em que medida deverão estas divergências culturais pesar na determinação da decisão? Como evitar abusos na invocação da exceção *cultural defense*, desculpabilizando comportamentos considerados ilícitos? Quais os meios que estão à disposição das partes para assegurar uma correta ponderação entre as diferentes práticas culturais em confronto? De que forma podemos assegurar que as decisões judiciais não assentam em juízos etnocêntricos, desvalorizando a diversidade cultural, ou até valorizando-a em demasia?

Como todos hoje reconhecemos, estão cada vez mais afastados os tempos em que os juristas olhavam para o Direito como uma ciência pura, sem dialogar com as demais áreas do saber. E, pese embora hoje ser já reconhecida a inevitabilidade de uma análise interdisciplinar das questões colocadas à análise judicial, há, todavia, alguma resistência à abertura dos processos a áreas científicas que ainda são distantes para o Direito¹⁰. É que se reconhecemos, por um lado, uma franca abertura dos tribunais às ciências tidas por exatas, nas quais muitas vezes assistimos pacificamente a uma «delegação da decisão»¹¹ a favor do perito, é

¹⁰ Para uma análise do diálogo entre o Direito e demais ciências sociais, entre outros, ARMANDO MARRQUES GUEDES, *Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da Antropologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 27 e ss; CHRISTOPH EBERHARD, «Towards an intercultural legal theory: the dialogical challenge», in *Social & Legal Studies*, vol. 10, n.º 2, 2001, pp. 171-201; PATRÍCIA JERÓNIMO, «Direito público e ciências sociais - o contributo da antropologia para uma desnificação “culturalista” dos direitos fundamentais», in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, 2001, n.º 326, pp. 345-383. Sobre as interseções entre Direito e as ciências ditas «exatas» devem ler-se, entre outros, MICHELE TARUFFO, «Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria», in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, Giuffrè Ed., 2005, pp. 3-24; SUSAN HAACK, «Irreconciliable difference?: the troubled marriage of science and law», in *Law and contemporary problems*, vol. 72, 2009, pp. 1-23; AMEDEO SANTOSUOSSO; CARLO ALBERTO RED, «The need for scientists and judges to work together: Regarding a European network», in *Health Qual Life Outcomes*, vol. 1, 2003, pp. 1-22 e E. BEECHER-MONAS, «Blinded by science: how judges avoid the science in scientific evidence», in *Temple Law Review*, n.º 71, 1998, pp. 55-102.

¹¹ Cf. MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, Coimbra, Coimbra editora, 2015, p. 140. Também chamando a atenção para este fenómeno, cada vez mais comum, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», in *Julgar*, n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 27-52.

para nós óbvio que o diálogo entre os juristas e especialistas das ciências sociais e humanas - como sejam os antropólogos ou sociólogos - parece ainda estar à margem da nossa prática judiciária.

Estas duas decisões são exemplificativas disto: foram complacentes com uma prática processual que substitui a intervenção de peritos e de relatórios periciais, por técnicos superiores e por relatórios sociais, aos quais atribuem o valor idêntico àquele que é atribuído aos primeiros. Sucede que a complexidade dos factos discutidos neste tipo de processos clama por uma análise interdisciplinar, pois só uma abordagem sobre diferentes perspetivas será capaz de proporcionar um conhecimento completo dos factos e uma aproximação à «verdade material». É que a matéria sobre que versam os relatórios sociais é diferente daquela que é apresentada nos relatórios periciais e a abordagem dos técnicos que realizam tais relatórios é mais leviana e objetiva outro tipo de preocupações que se afastam dos os conhecimentos de peritos sociológicos e antropológicos.

Desde logo, os relatórios sociais são solicitados pelo Tribunal, sempre que seja necessário conhecer a situação da criança e do seu agregado familiar¹². O objetivo destes relatórios centra-se na avaliação técnica do enquadramento socioeducativo e familiar e os elementos de caracterização pessoal e comportamental da criança, bem como os recursos pessoais e sociofamiliares, que serão importantes para a identificação dos fatores de risco e necessidades específicas e relevantes para a proteção dos interesses das crianças. Para elaboração do relatório social, o técnico responsável realiza entrevistas individuais com o jovem, os seus pais, representantes legais ou quem detenha a sua guarda de facto, e outras pessoas relevantes e estabelece contactos com outras entidades do meio social em que o jovem está integrado (p. ex., a escola). Estes relatórios não trazem ao processo, portanto, qualquer tipo de conhecimento especializado sobre os aspetos relevantes da cultura a que pertencem as crianças. Por isso, não ajudam o Tribunal a compreender ou valorar o multiculturalismo. Nem sequer o técnico responsável pela sua realização dispõe de conhecimentos ou formação para facultar ao Tribunal ferramentas e dados para compreender as diferenças culturais.

Por seu turno, a intervenção de antropólogos e sociólogos nestas situações é justificada pelos seus especiais conhecimentos, que sempre serão essenciais e preponderantes na resolução de questões que envolvem minorias culturais, já que só os estudos pelas suas disciplinas desenvolvidos poderão auxiliar o juiz a compreender o Homem em toda a sua complexidade cultural¹³. Uma intervenção desta natureza permite que se faça um estudo das partes como par-

¹² Vd. n.º 1 do art. 108.º da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, com última redação conferida pela Lei n.º 26/2018, de 05 de julho.

¹³ Sobre o objeto da Antropologia, vide JUAREZ TADEU DE PAULA XAVIER, *Teorias Antropológicas*, Curitiba, IESDE Brasil, 2009, p. 9.

ticipantes ativos do seu cenário natural. Um estudo, por isso, com conclusões bem diferentes daquelas que são apresentadas pelos técnicos nos seus relatórios sociais, pelos advogados nas alegações, ou até mesmo pelos juizes nas sentenças para justificar a formação da sua convicção. É habitual afirmar-se que os antropólogos levantam informações referentes ao seu objeto de estudo e confrontam-nas com as suas próprias informações, relativizando as verdades consagradas; os advogados, magistrados e técnicos, na maioria dos casos, limitam-se a reproduzir tais «verdades»¹⁴. Efetivamente, através da Etnografia, a Antropologia debruça-se sobre determinados institutos, procurando apreender a sua origem, formas de aplicação e suas variações. Já no Direito, os diferentes intervenientes esperam reproduzir as informações que são fruto do conhecimento geral ou que se encontram descritas em livros de especialidade, sem considerar se, no caso em apreço, tais generalizações poderão ser enquadráveis. A consequência passa pela incorporação no discurso jurídico de tais afirmações como «verdades», inibindo qualquer discussão sobre as mesmas.

Para os objetivos do presente estudo, importa referir que, do nosso ponto de vista, a tarefa de investigação e conhecimento de organizações sociais e culturas minoritárias compete à Antropologia e não ao Direito: não caberá aos juristas estudar e compreender a organização social que envolve as partes processuais ou as características e valores de uma qualquer minoria em que as mesmas se possam integrar¹⁵. Mas resultando assente que a cultura e a diversidade cultural assumem judicialmente um papel importante na tomada de decisão - sobretudo nos processos de natureza criminal, aquando da determinação da medida da culpa -, será sobre os juristas que recai o dever de valorar a identidade cultural. Tal valoração, a nossos olhos, só será verdadeiramente legítima quando alicerçada num diálogo entre a Antropologia e o Direito, que deverá culminar na elaboração de estudos antropológicos, sob a forma de perícias. Para nós, essa será a única forma de assegurar o grau de profundidade de conhecimento e a equidade exigível nestas situações.

Não é isso, contudo, que tem sucedido na prática judicial¹⁶.

¹⁴ A ideia é debatida por ARMANDO MARQUES GUEDES, *Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da Antropologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 47 e ss.

¹⁵ Cf. ARACY LOPES DA SILVA, «Há antropologia nos laudos antropológicos?», in ORLANDO SAMPAIO SILVA; LÍDIA LUZ; CECÍLIA MARIA HELM (org.), *A perícia antropológica em processos judiciais*, Florianópolis, ABA, 1994, p. 64.

¹⁶ Os casos mais frequentes e videntes são aqueles em que se discute a prática de crimes praticados por indivíduos de etnia cigana. Sobre o tema, vide PATRÍCIA JERÓNIMO, «Direito público e ciências sociais - o contributo da antropologia para uma desnificação “culturalista” dos direitos fundamentais», in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, 2001, n.º 326, pp. 345-383 e da mesma autora, «Os direitos das minorias no ordenamento jurídico português: breve incursão pelos meandros do multiculturalismo», in *Scientia Iuridica: revista de direito comparado português e brasileiro*, tomo 50, n.º 290, maio/agosto 2001, pp. 70-81. A este propósito, foi nos últimos tempos novamente discutida

Apesar de termos já louvado o cuidado com que foram elaboradas aquelas duas sentenças, e os cuidados manifestados na ponderação e valoração de todas as particularidades culturais das situações em apreço, parece-nos que os Tribunais se socorreram à sua *ciência privada* para resolver as questões que lhe foram colocadas. Esta prática generalizada na nossa jurisprudência pode justificar-se pela morosidade inerente à elaboração de relatórios, ou até pelos custos decorrentes da sua produção. Porém, parece-nos que o maior obstáculo à abertura de portas aos estudos periciais antropológicos - e, de resto, com as demais áreas do saber das ciências sociais - se prende com o facto de os atores judiciais não encararem como científicos os contributos que possam ser trazidos pela Antropologia, mas como meras repetições e confirmações dos conhecimentos de senso comum.

Esta questão, que se manifesta na discussão em torno da decisão do juiz acerca da oportunidade de recorrer à perícia, insere-se, de resto, numa problemática de ainda maior dimensão: a de saber qual a conceção que os juízes têm da ciência e como valoram a sua *ciência privada*¹⁷. Não há nenhuma fórmula mágica para resolver esta questão, e estando na disponibilidade do juiz determinar a produção da prova pericial, é só a ele que compete o poder de realizar, em cada circunstância, uma «autocrítica cultural» para determinar se abre portas do processo à ciência ou se tomará a decisão com recurso exclusivo ao senso comum e à sua cultura pessoal.

Todos nós já ouvimos afirmar que o juiz, fora do campo do direito, poderá ser, no máximo, um «apaixonado amador» ou um «cientista amador» e determinadas matérias, mas o conhecimento aprofundado e detalhado para resolução de questões judiciais que exijam especiais conhecimentos apenas estará

uma decisão judicial proferida pelo Tribunal Judicial de Felgueiras, em que num processo crime que corria contra diversos arguidos, de entre os quais alguns de etnia cigana, se referiu a estes em particular como «pessoas mal vistas socialmente, marginais, traiçoeiras, integralmente subsídio-dependentes». Isto porque esses arguidos, inconformados com estas afirmações, apresentaram, representados pelo seu mandatário, uma queixa crime contra a Juiz do processo, por difamação e discriminação racial. A acusação particular por eles deduzida não foi procedente e a Juiz instaurou uma queixa crime contra o advogado dos arguidos, por difamação, tendo o mesmo sido condenado a pagar a título de indemnização à magistrada a quantia de € 10.000,00. Decisão essa que havia de ser confirmada pelo Tribunal da Relação de Guimarães. O advogado recorreu desta decisão para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que afirmou que a interferência da justiça portuguesa foi «desproporcionada e desnecessária numa sociedade democrática» e condenou o Estado a restituir a indemnização paga à Juiz titular do processo. Na decisão refere ainda que a acusação particular subscrita pelo advogado, em defesa do interesse dos seus clientes, «não estava desprovida de base factual» tendo em conta a própria interpretação dos tribunais de segunda instância que consideraram algumas expressões da juíza «excessivas» e «desnecessárias». Cf. Ac. do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 8 de outubro de 2019, proc. n.º 24845/2013.

¹⁷ Cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, São Paulo, Marcial Pons, 2008, p. 321 e PIER PAOLO RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, p. 133.

assegurado pelos especialistas. Isto não significa que o juiz não se deva manter interessado ou atualizado e ser competente em demais áreas do saber. Tal significa apenas que não se deverá valer de uma «arrogância dell' enciclopedismo»¹⁸ para, acoberto dela, tomar decisões que não se mostrem justas. Sobretudo em problemáticas que envolvam uma análise multicultural, e nas quais é tão fácil cairmos em juízos valorativos etnocêntricos, mesmo que inconscientemente.

Tal justifica-se porque a admissibilidade do recurso à *ciência privada* podia permitir ao julgador apresentar considerações próprias, totalmente novas e conflituantes com as proferidas pela comunidade, assim anulando um possível controlo por meio do contraditório e subtraindo a garantia de objetividade¹⁹. É precisamente por essa razão que o juiz não pode socorrer-se, para propósito do julgamento, de dados que tenha conhecimento fora do processo em que decide. E é também por isso que o juiz e as partes, atuando conjuntamente para a descoberta da verdade material, devem usar do conhecimento que possuem em igual medida. Até para legitimar a sua decisão, não pode o magistrado socorrer-se de conhecimentos que não estejam do alcance do senso comum²⁰.

Nos casos que temos vindo a analisar, não há dúvida que os juízes recorreram ao conhecimento comum para fundamentar a sua decisão. Todavia, como defendemos já, entendemos que deveria ter sido produzida prova cultural. Se fosse admissível uma observação de precedentes, às meras considerações genéricas e de senso comum e o recurso à ciência privada, seria na maioria das situações supérfluo o recurso à prova pericial. Note-se, porém, que é precisamente o conhecimento científico especializado que permite ao Tribunal, nestas situações, com inúmeras variáveis e particularidades, apresentar os elementos de confirmação de hipótese e da sua convicção, justificando também com a certeza de que a maioria dos factos a provar terem catacrésticas insólitas²¹.

¹⁸ Cf. E. AMODIO, “Perizia «artística» ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico”, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 675.

¹⁹ Cf. PIER PAOLO RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, pp. 133 a 136.

²⁰ Como distinguir os conhecimentos de senso comum dos conhecimentos de *ciência privada* é a questão que colocamos. Sobre o tema, PIER PAOLO RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, pp. 135 e 136.

²¹ Nestas situações, esta afirmação assume particular relevância porque «em cada grupo de ciganos é possível assinalar “nuances” culturais podendo, por isso, dizer-se que existem (...) tantas culturas ciganas como os grupos das quais se diferenciam os Ciganos”. (Liégeois, 1997, p. 54). Esta circunstância deve-se, entre outros fatores, à diversidade de experiências vividas através dos tempos, por este povo, na sua relação com outros povos, outros grupos sociais e culturais, devendo-se ainda à multiplicidade de contactos estabelecidos com várias pessoas e meios diferentes, aos seus cruzamentos e entrecruzamentos efetuados ao longo da história, à sua sedentarização e itinerância, à forma como viveram e vivem e às situações de perseguição e exclusão - ARMANDA DE OLIVEIRA MAIA, *Integração escolar e sucesso educativo na perspectiva de uma comunidade cigana: estudo de caso*, Porto, Universidade Portucalense, 2006, p. 69.

Tal seria particularmente relevante até para legitimar a decisão judicial para com a comunidade maioritária e provavelmente poderia mesmo evitar todo o alarido que surgiu em torno destas questões. É que em qualquer uma das decisões, pese embora o cuidado em relevar os aspetos culturais, ficou a faltar uma justificação científica e técnica para essas considerações e para uma maior e mais aprofundado esclarecimento sobre as crenças e organização da comunidade cigana. Tal como teriam certamente os Tribunais tido o cuidado de explicar, detalhadamente, as consequências de uma decisão diversa daquela que adotaram. Se tal existisse, certamente a opinião pública seria também mais informada e de forma mais consciente poderia debater estas questões.

Era, pois, importante instruir a decisão com considerações mais próximas da realidade da comunidade.

Seria, desde logo de grande relevo esclarecer que comunidade cigana quando concorda em «integrar um processo educativo fá-lo numa perspectiva minimalista» e que a educação se «trata de uma educação à independência e não de um deixar-fazer, numa comunidade educativa que canaliza os comportamentos com o propósito da aquisição da autonomia no respeito do grupo e dos seus valores»²². Neste contexto, a criança é educada para a aquisição de autonomia dentro do respeito pelo grupo e pelos seus valores e «é educada no receio face ao exterior, ao estranho, um receio mantido e justificado pelo aspecto conflitual das situações quotidianas»²³. Por isso, para muitos pais, a aprendizagem do «ler e escrever» será suficiente para os seus filhos ingressarem nas profissões do meio sociocultural.

Para além disso, de molde a melhor serem compreendidas as razões de abandono escolar dos jovens de etnia cigana, impunha-se também o esclarecimento de que nestas situações é ainda maior o desfasamento entre a pedagogia utilizada nas escolas e aquela que é utilizada no seio da família, pois que os modos de socialização ciganos não integram, no seu contexto, a instituição escolar, como acontece nas sociedades e modos de socialização não ciganos.

Mais ainda que a organização dos estudos e das próprias escolas não potenciam nem fomentam o interesse da sua frequência por estas crianças, que frequentemente se sentem desorientadas face às aprendizagens escolares descontextualizadas e mais teóricas. A consequência passa muitas vezes pela discriminação destas crianças e jovens, que interiorizam que «não são capazes de aprender», que «não dão para os estudos» e que os seus saberes não são aceites,

²² Cf. JEAN-PIERRE LIÉGOIS, *Minorité et scolarité: le parcours tsigane*, Toulouse, Centre de Recherches Tsiganes CRDP Midi-Pyrénées, 1997, p. 69.

²³ Cf. JEAN-PIERRE LIÉGOIS, *Minoria e escolarização: o rumo cigano*, Lisboa, Centre de recherches tsignes Secretariado Entreculturas Ministério da Educação, 2001, p. 69.

nem valorizados na escola e que são considerados, pela sociedade, como sendo de inferior qualidade²⁴.

A prova cultural, nestas situações, seria igualmente necessária para alertar o julgador que todo este complexo de relações é agente provocador de medos que se verifiquem contradições e desvios ao que é transmitido no seu seio familiar e comunitário. Assim, a entrada na escola por estas crianças é vista, pela comunidade em que se inserem, como uma «ruptura com os seus mundos de vida, com os modos de ser cigano»²⁵ ou até como uma «fusão» com os não ciganos - preocupação acrescida no que diz respeito às raparigas, uma vez que estas são socializadas no sentido de não estabelecerem relacionamentos de amizade e de namoro com os não ciganos²⁶.

Tudo isto resulta não raras vezes na discriminação destas crianças pelos seus colegas de escola, que não pertencem à comunidade cigana. Mas também pela sua própria comunidade, que não vê, assim, com bons olhos a frequência escolar dos seus membros²⁷.

²⁴ Sobre esta matéria, é interessante referirmos um estudo de caso etnográfico fundado nos campos do interacionismo simbólico, ecologia social e sociologia da infância, que teve por objetivo analisar os processos de socialização e os modos de vida na infância em seis bairros de realojamento na área metropolitana de Lisboa e que procurou conhecer os bairros onde as crianças vivem, pelos seus próprios relatos. Do estudo, ressalta uma discriminação étnica nesta realidade - MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, «Segregação residencial na área metropolitana de Lisboa: a violência da não inclusão pelo olhar das crianças», in IRENE CORTESÃO et al. (org), *Travessias e Travessuras nos Estudos da Criança: Atas do III Simpósio Luso-Brasileiro em Estudos da Criança*, s. l., ESEPF, 2016, pp. 993 a 1008.

²⁵ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO SOUSA PEREIRA VENTURA, *A Experiência da Criança Cigana no Jardim de Infância*, Vol. I, Braga, Universidade do Minho, 2004.

²⁶ Cf. ARMANDA DE OLIVEIRA MAIA, *Integração escolar e sucesso educativo na perspectiva de uma comunidade cigana: estudo de caso*, Porto, Universidade Portucalense, 2006, pp. 95 e ss e LINA SUSANA TRINDADE RODRIGUES MARTINS, *Um olhar sobre o (in)sucesso escolar na diversidade cultural: estudo de caso*, Porto, Universidade aberta, 2007, p. 50. Note-se, em abono da verdade, que esta perceção já não é hoje unânime e que o antigo receio de a escola contagiar a cultura cigana tem perdido lugar a favor de uma desmarginalização e de uma maior ligação entre povos e culturas, estando cada vez mais cientes que uma convivência interétnica, sem perder a sua identidade cigana, pode ser essencial para a integração no mundo do trabalho - MARIA DA CONCEIÇÃO SOUSA PEREIRA VENTURA, *A Experiência da Criança Cigana no Jardim de Infância*, Vol. I, Braga, Universidade do Minho, 2004.

²⁷ A título de exemplo, leia-se o relato de Alcina Jacinto Faneca, cigana, licenciada em Direito, mestre em Direito Criminal, advogada estagiária, que não deixa de evidenciar que a família está «no meio do fogo cruzado. Para os não ciganos somos ciganos e para os ciganos não somos bem ciganos». Cf. reportagem de ANA CRISTINA PEREIRA, «Advogada e cigana, um rosto do princípio da mudança», in *Público*, 10 de fevereiro de 2019, disponível em <https://www-publico.pt/2019/02/10/sociedade/reportagem/advogada-cigana-rosto-principio-mudanca-1861228> (20.02.2019).

É hora, então, de questionar, debater e procurar à luz de um juízo integrador e multicultural, qual será o superior interesse da criança nestes casos.

6. A falta de preparação dos Tribunais para decidir estas situações

Como alerta Clara Oliveira, a propósito da relação entre o discurso jurídicos e o multiculturalismo:

«O discurso jurídico pauta-se por uma postura universalizante, por oposição aos atos arbitrários dos indivíduos. O discurso tem que se apresentar como uma dedução dos textos legais, consequência lógica de um conjunto de proposições universalmente reconhecidas. A necessidade de manter a universalidade, com recurso ao cânone, é um limite severo à concorrência entre os diversos especialistas e intérpretes do direito e também se apresenta como um foco de tensão entre uma postura universal dos/as decisores/as jurídicos e uma atitude necessariamente casuística dos/as técnicos/as não jurídicos. A universalização é um dos mais poderosos mecanismos de dominação simbólica, numa sociedade diferenciada. A norma jurídica, ao formar as regras oficiais, por definição sociais e “universais”, ou seja, os princípios do estilo de vida simbólica dominante, tende a informar as práticas de todos os agentes; o efeito de universalização é assim também um efeito de normalização. Tudo isto contribui para o aumento da autoridade social de quem já é detentor do poder simbólico. Dá-se a promoção ontológica de transformar a regularidade (o que se faz) em regra (o que se deve fazer). A instituição jurídica impõe, assim, uma representação da normalidade. Todas as práticas diferentes são desviantes, anómicas, patológicas mesmo (a “medicalização” a justificar a “jurisdicização”). O direito da família, através da implementação de normas “universais”, normaliza as práticas de acordo com a ética da classe dominante. Há a universalização do próprio estilo de vida, baseado no etnocentrismo dos dominantes e construindo a “representação oficial do mundo social” (Bourdieu, 1989:248) em conformidade com os seus valores e favorável aos seus interesses. Machado (2007) diria, a propósito das leis de filiação portuguesas, que estas são mais do que indicadores da realidade social, revelam formas de exercício de controlo político-jurídico por parte das elites sobre a vida privada dos indivíduos»²⁸.

Estas palavras alertam para a generalização dos conceitos e soluções jurídicas de acordo com os valores e interesses da comunidade maioritária, que

²⁸ Cf. CLARA FILIPA MACIEIRA DE OLIVEIRA, *A criança em perigo e os adultos que decidem por ela: fatores de influência na morosidade processual de crianças e jovens em ambiente extra familiar temporário*, Lisboa, Instituto Universitário de Lisboa, 2016, pp. 108 e 109.

inevitavelmente se refletem em juízos etnocêntricos na nossa legislação e que, a final, se fazem transparecer nas decisões judiciais.

Os nossos atores judiciais não estão preparados para julgar questões que exijam uma ponderação de valores pertencentes a culturas minoritárias: não existe qualquer formação sobre estas problemáticas nas licenciaturas nem mestrados em Direito; a formação da Ordem dos Advogados e do Centro de Estudos Judiciários não prevê cursos de formação ou especialização sobre estas questões.

E os passos que estão a ser dados e que poderiam servir para colmatar estas fragilidades na formação parecem-nos não estar a ser aproveitados para o efeito.

Ainda que não acreditemos que, na prática, o recente diploma²⁹ que vem impor a realização de ações de formação contínua para os magistrados na área de direitos humanos e violência doméstica tivesse este objetivo, parece-nos que ao seu abrigo se poderiam inserir as situações aqui analisadas. Isto porque, de acordo com esta alteração, o curso de formação teórico-prática para ingresso nas magistraturas dos tribunais judiciais passou a compreender direitos humanos e ações de formação contínua passaram a ter que incidir obrigatoriamente nessa mesma área. Não nos parece, porém, que estas preocupações sejam tidas em consideração, pressuposto que a preocupação subjacente a estas alterações se prende com o crescente número de processos e crimes relacionados com a violência doméstica. Mas era um ótimo passo.

De maneira a assegurar o reforço do diálogo intercultural e da coesão social e para estimular o respeito e o melhor conhecimento da diversidade cultural e a inclusão social entre minorias étnicas e imigrantes com a comunidade, foi criada a figura do mediador sociocultural³⁰. Para assegurar tais pretensões, é da competência destes mediadores: colaborar na prevenção e resolução de conflitos socioculturais e na definição de estratégias de intervenção social; colaborar ativamente com todos os intervenientes dos processos de intervenção social e educativa; facilitar a comunicação entre profissionais e utentes de origem cultural diferente; assessorar os utentes na relação com profissionais e serviços públicos e privados; promover a inclusão de cidadãos de diferentes origens sociais e culturais em igualdade de condições; e respeitar a natureza confidencial da informação relativa às famílias e populações abrangidas pela sua ação (n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 105/2001). Tais funções serão desempenhadas, designadamente, em escolas, instituições de segurança social, instituições de saúde, no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no Instituto de Reinserção Social, nas autarquias locais

²⁹ Lei n.º 80/2019, de 2 de setembro de 2019, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 167, em 2 de setembro de 2019, pp. 42 e 43.

³⁰ Lei n.º 105/2001, de 31 de agosto, publicada no Diário da República, I série - A, n.º 202, em 31 de agosto de 2001, p. 5586.

e nos serviços e organismos públicos em que o exercício das suas funções se vier a revelar necessário (n.º 2 do art. 1.º da Lei 105/2001). Em teoria, também este seria um passo muito importante no reforço da multiculturalidade. Mas parece que na prática nem sempre este desígnio é alcançado. Apesar de assumir um papel central quando se procura compreender e debater as questões suscitadas pela integração da comunidade cigana, o mediador parece ser incompreendido no meio escolar. É que muitas vezes tem visto dificultada a execução das funções porque, para a escola, é visto com um representante da etnia cigana e para a comunidade cigana é olhado como mais um representante da escola, quando na verdade o objetivo seria criar pontes e não substituir ou tornar ainda mais difícil o diálogo entre todos³¹.

Contudo, cremos que essas mesmas funções deveriam igualmente ser desempenhadas nos Tribunais, designadamente nos processos de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo. Poderia ser este mediador sociocultural o assistente técnico do juiz sempre que não fosse ordenada a produção de prova pericial, pois que será o medidor a pessoa mais próxima destas comunidades e a mais capaz, por conhecimento de causa, para auxiliar o Tribunal no (re)conhecimento das dificuldades e obstáculos por estes vividos³². Conhecimentos esses fundamentais para uma tomada de decisão assente na justeza do caso concreto e na equidade.

Apesar do desenvolvimento de algumas políticas educativas recentes tendentes a contrariar este fenómeno, nomeadamente a implementação da Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas, que tem como um dos eixos estruturais a frequência escolar e o sucesso educativo e da maior sensibilização e envolvimento dos diferentes atores educativos, comunitários e

³¹ Esta situação é descrita por ANA RIBEIRO CRUZ, «A intervenção social com vista ao combate ao abandono escolar», in OLGA MAGANO e MARIA MANUEL MENDES (org.), *Ciganos Portugueses: olhares cruzados e interdisciplinares em torno de políticas sociais e projectos de intervenção social e cultural*, Lisboa, CEMRI, 2013, pp. 106 a 110, p. 106 disponível em <https://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/2525> (10.09.2019). Mas além disto, são ainda inúmeras as indefinições do regime que exigem clarificação por parte do legislador: qual a clara definição do seu papel e estatuto? Quantas e em que escolas devem ser contratadas estes mediadores? Perante tais indefinições, há mediadores até que escrevem que estamos perante uma subversão do sistema porque o diploma coloca o enfoque nos agentes do Estado ao invés de o colocar nas comunidades, considerando que tal se justifica como forma de manter o controle social sobre as comunidades - JOSÉ FALCÃO, «Discriminação da Comunidade Cigana», in OLGA MAGANO e MARIA MANUEL MENDES (org.), *Ciganos Portugueses: olhares cruzados e interdisciplinares em torno de políticas sociais e projectos de intervenção social e cultural*, Lisboa, CEMRI, 2013, pp. 133 a 136, p. 136, disponível em <https://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/2525> (10.09.2019).

³² Sobretudo porque, de acordo com o n.º 4 do art. 3.º da Lei n.º 105/2001, na contratação de mediadores socioculturais deve ser dada preferência a pessoas pertencentes a grupos étnicos ou imigrantes que revelem competências de mediação sociocultural e conhecimentos das características socioculturais das comunidades alvo.

societais, a realidade em análise, tendo sofrido alterações positivas, permanece ainda num grau que não é compatível com os direitos humanos fundamentais, nomeadamente o direito a uma educação escolar de qualidade e prolongada no tempo em termos da superação dos diferentes níveis educativos³³.

7. Notas finais

Independentemente de tudo, temos por assente que a falta de conhecimento da cultura cigana, por parte de um grande número de profissionais que se dedicam à educação, impede que na instituição escolar se faça referência à mesma e se partilhem valores. Ao mesmo tempo, a falta de conhecimento, por parte da escola, dos valores com os quais a criança se identifica, pode levar à infra valorização do seu próprio grupo cultural ou à rejeição da escola pelas crianças. Importa, pois, trabalhar nos estabelecimentos de ensino e repensar o modelo em que o ciclo de estudos está estruturado. E esse será um ponto inicial de extrema relevância.

Mas importa também que os Tribunais estejam conscientes dos conflitos e das dificuldades com que se deparam estas comunidades no seu quotidiano. A cada vez maior presença de crianças de etnia cigana no nosso sistema educativo exige uma mudança de atitude da sociedade maioritária. Urge esquecer os estereótipos, falsos na sua maioria, para adotar uma atitude de conhecimento e respeito da verdadeira cultura cigana porque só assim se facilitará a necessária convivência e intercâmbio dentro de um ambiente intercultural³⁴.

Linda Dessau afirma que os juízes não são os mais habilitados para lidar com algumas situações:

«Why is it that a judge, an expert in the law, is better placed than a social scientist to decide the exquisitely difficult issues thrown up in the aftermath of family breakdown? The quick answer might be because he or she hears all the evidence, and can make findings of fact, but that begs a further question. It suggests that there is an ultimate truth, and that the adversary system, designed for traditional civil disputes about contracts or injuries, is able to cater to family law's complexi-

³³ Como forma de combater esta realidade, o projeto internacional Rise (Roma Inclusive School Experiences) tem por objetivo primordial a reflexão sobre contextos e processos potenciadores de subalternidades estruturais, desenvolvendo práticas interculturais e dispositivos pedagógicos que pretendem fazer a articulação entre os saberes experienciais das pessoas que habitam os alunos e o currículo *mainstream*, construindo práticas pedagógicas promotoras do «bilinguismo cultural» e, consequentemente, do sucesso escolar. Informação do projeto disponível no respetivo site <https://www.projectrise.eu/pt>.

³⁴ Cf. ARMANDA DE OLIVEIRA MAIA, *Integração escolar e sucesso educativo na perspectiva de uma comunidade cigana: estudo de caso*, Porto, Universidade Portucalense, 2006, p. 100.

ties and nuances, and the delicate projections as to what might be best for young children»³⁵.

Estas duas visões, uma proveniente da psicologia e a outra do campo do direito, reflete as potenciais fricções entre os intervenientes já que se coloca em causa a legitimidade da ação.

No *I Congreso Europeo de la Juventude Gitana*, realizado em Barcelona, em novembro de 1997, Diego Luís Fernández Jiménez, vice-presidente da União Romani afirmou:

«Gostaria de falar-vos de muitas coisas mais. Falar-vos de nossa cultura. Tem que haver filólogos que ensinem o Romani. Tem que haver os historiadores que expliquem e façam grandes enciclopédias sobre o que foi a história do nosso povo. Tem que haver especialistas em questões de sociologia. Teremos que formar juristas, advogados que defendam os direitos do nosso povo, e tem que haver políticos. Também tem que haver donas de casa e pessoas que expliquem o que é a arte da cozinha cigana. Deve divulgar-se a arte e a literatura cigana, tem que se ler poesia cigana nas escolas. Nesta tarefa todos seremos necessários, ninguém se pode excluir».

Estas palavras refletem ainda as atuais necessidades e traduzem-se num apelo à mudança da mentalidade da nossa sociedade. Procuram uma maior abertura de todos às comunidades minoritárias e procuram assegurar um igual tratamento entre todos, num país e numa sociedade que ergue como principais bandeiras os princípios da igualdade e da identidade cultural.

³⁵ LINDA DESSAU, «A short commentary on Timothy M. Tippins and Jeffrey P. Wittmann’s “Empirical and ethical problems with custody recommendations», in *Family Court Review*, vol. 43, 2005, pp. 266 a 269, p. 266, disponível em https://www.researchgate.net/publication/230172433_A_short_commentary_on_Timothy_M_Tippins_and_Jeffrey_P_Wittmann’s_empirical_and_ethical_problems_with_custody_recommendations_A_call_for_clinical_humility_and_judicial_vigilance (02.09.2019).

“IGUALDADE SUCESSÓRIA” ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 E A REPERCUSSÃO GERAL 809, DE 10 DE MAIO DE 2017

“SUCCESSORY EQUALITY” BETWEEN SPOUSES
AND COMPANIONS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF
EXTRAORDINARY APPEAL N ° 878.694 AND THE
GENERAL REPERCUSSION 809, OF MAY 10, 2017

Roberta Drehmer de Miranda¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o alcance e as consequências da Repercussão Geral n 809, proclamada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, em 10 de maio de 2017, que tem a seguinte redação: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em am-

¹ Doutora em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Professora de Direito de Família e Sucessões da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Presidente da ADFAS/RS (Seção Rio Grande do Sul). Advogada Colaborativa credenciada junto ao IACP. Membro da Comissão de Ética e Exame de Ordem da OAB/RS. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Advogada do Escritório Battello e Artifon Advogados Associados em Porto Alegre/RS (Coordenadora da Área de Direito de Família, Sucessões e Planejamento Sucessório).

bos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, no referido julgamento, decidiu por declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o qual estabelecia um regime sucessório próprio para a união estável, diferenciando do regime estabelecido no art. 1.829, o qual regra a sucessão causa mortis no âmbito do casamento, estabelecendo, nos incisos I e II, a concorrência do cônjuge no patrimônio sucessível junto aos descendentes e ascendentes. Observe-se que o fundamento da pretensão, no referido Recurso Extraordinário, foi aplicar a regra do art.1.829 também na sucessão causa mortis na união estável, de modo a colocar o companheiro supérstite na mesma condição jurídica que o cônjuge, concorrendo, da mesma forma, e nas mesmas quotas, com descendentes e ascendentes. Na redação do art. 1.790, declarado inconstitucional, o companheiro concorria a herança com descendentes, ascendentes e colaterais do falecido, porém, em divisões de patrimônio e de quotas distintas, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal considerou dita diferenciação inconstitucional, sob o argumento de que casamento e união estável são equiparados pela Constituição Brasileira. O objetivo deste trabalho é demonstrar: 1) em que medida o Supremo Tribunal Federal tratou institutos equiparados como iguais juridicamente; 2) A tese elaborada na Repercussão Geral, decorrente do provimento do Recurso Extraordinário, refere-se apenas à aplicação da ‘igualdade’ na divisão das quotas hereditárias, e na participação patrimonial na modalidade concorrência sucessória, sem nenhuma menção aos demais institutos do direito sucessório aplicáveis apenas ao cônjuge, como o direito real de habitação; 3) As consequências jurídicas sobre as demandas sucessórias a partir da aplicação da Repercussão Geral, nos Tribunais Brasileiros, em especial no Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the scope and consequences of “General Repercussion” No. 809, proclaimed in the judgment of “Extraordinary Appeal” No. 878,694, on May 10, 2017, which reads as follows: “In the current constitutional system, it is unconstitutional to differentiate of succession regimes between spouses and partners, and in both cases, the regime established in Article 1829 of the Civil Code must be applied”. The Brazilian Federal Supreme Court, in this judgment, decided to declare the “unconstitutionality” of art. 1,790 of the Civil Code, which established a succession regime for the “stable union”, differentiating from the regime established in art. 1829, which rule succession causa mortis in the context of marriage, establishing, in items I and II, the competition of the spouse in succession to the descendants and ascendants. It should be noted that the basis of the claim in the said “Extraordinary Appeal” was to apply the rule of art.1.829 also in the causa mortis succession in the “stable union”, so as to place the surviving companion in the same legal condition as the spouse, concurring in the same form, and in the same division, with descendants and ascendants. In the writing of art. 1,790, declared “unconstitutional”, the

companion competed for inheritance with descendants, ascendants and collaterals of the deceased, but in divisions of patrimony and distinct parts, reason why the Federal Supreme Court considered this “unconstitutional” differentiation, on the grounds that marriage and union are assimilated by the Brazilian Constitution. The objective of this work is to demonstrate: 1) to what extent the Federal Supreme Court treated institutes equated as legally equal; 2) The thesis elaborated in the “General Repercussion”, resulting from the “extraordinary appeal”, refers only to the application of “equality” in the division of hereditary division, and equity participation in the modality of inheritance, without any mention of other institutes of inheritance law applicable only to the spouse, such as the real right of housing; 3) The legal consequences on succession claims from the application of the “General Repercussion”, in the Brazilian Courts, especially in the Superior Court of Justice.

PALAVRAS-CHAVE: IGUALDADE SUCESSÓRIA – CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL – REPERCUSSÃO GERAL 809 – CONSEQUENCIAS DA INCONSTITUCIONALIDADE

KEYWORDS: SUCCESSIVE EQUITY – MARRIAGE AND “STABLE UNION” – “GENERAL REPERCUSSION” 809 – CONSEQUENCES OF “UNCONSTITUTIONALITY”

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na figura de Corte Constitucional e intérprete da Constituição, bem como da legislação ordinária a luz desta última, vem assumindo, cada vez mais, a postura de instituição simbólica (num sentido de poder simbólico, nos dizeres de Pierre Bourdieu) não somente na democracia brasileira (na política e na sua representação) como também na definição (*ultima ratio*) da essência e do conteúdo das relações civis, muitas vezes mais íntimas, dos indivíduos e de suas famílias. Com efeito, percebe-se pela postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro um certo “ativismo judicial”, muitas vezes ultrapassando seu poder de ação, agindo não somente na omissão do legislador, mas também na própria atividade do mesmo – decidindo, pois, questões das quais existem projetos de lei em tramitação, como ocorreu no emblemático julgamento da ADPF 54, que tratou da possibilidade de interrupção da gravidez em fetos com anencefalia.

Com efeito, nas situações envolvendo as relações familiares, o Supremo Tribunal Federal não tem esperado pelo legislador. Apesar de existir projetos de lei que ainda tramitam no Congresso Nacional Brasileiro, visando a proteção ao nascituro (Estatuto do Nascituro) e as relações familiares originadas do casamento (Estatuto da Família), o Supremo Tribunal Federal já pronunciou-se

sobre estes assuntos, atribuindo muitas vezes eficácia erga omnes (seja por declarações de inconstitucionalidade, seja por “repercussões gerais”), causando, por consequência (e politicamente) quase que uma ineficácia previa dos projetos de lei então em tramitação, muitas vezes abandonados ou arquivados pelos parlamentares após pronunciamento pela Corte.

Apresentado o cenário atual da jurisprudência constitucional brasileira, apresenta-se, pois, a proposta do presente trabalho. O tema que se colocará sob análise é a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.694, julgado em 10 de maio de 2017, no qual, por maioria, declarou-se inconstitucional a norma do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro, concedendo uma chamada “igualdade jurídica” entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios, sendo concedida a eficácia *erga omnes* da referida inconstitucionalidade, mesmo em Recurso *inter partes*, em razão de ter sido agregado o expediente da Repercussão Geral. Para que se possa realizar um estudo mais apurado acerca dos argumentos levantados pela Corte, e o alcance que teve a repercussão geral aprovada em plenário, cujo texto até hoje traz discussões na doutrina brasileira, partir-se-á de um breve histórico e apresentação da dogmática civil no que tange aos dois institutos – casamento e união estável; em um segundo momento, analisar-se-á votos e pareceres dos *amicus curiae* presentes no julgamento da demanda (o que inclui o respeitadíssimo e completo parecer apresentado pela ADFAS); e em um terceiro momento, verificar-se-á o alcance da repercussão geral aprovada, principalmente após a decisão proferida em embargos de declaração, no mesmo processo, onde o Relator pode demonstrar os reais efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2. Família e casamento: do *status civitatis* à *comunhão plena de vida*

Ainda que a palavra “família” tenha assumido ‘n’ significados hoje plenamente absorvidos pelo direito², pode-se identificar, na realidade social, elementos estáticos e dinâmicos, os quais permanecem constantes no fenômeno de integração familiar, como o sangue (definindo os parâmetros para delimitação da ascendência e descendência), a autoridade (os pais ainda mantêm sua posição hierarquicamente superior, em padrões, é certo, menos rigorosos que uma sociedade antiga patriarcal em que os filhos são vistos como uma continuidade da linhagem, e não propriamente pessoas em si mesmas consideradas, individual-

² O pluralismo da família, de que fala LEMOULAND, reflete a existência de variadas significações e, por essa razão, a própria aleatoriedade de qualquer tentativa de sistematização – LEMOULAND, Jean-Jacques. *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?* **Recueil Dalloz**. Paris: Dalloz, n.18, mai/1997, p.133.

mente) e, o mais importante, a comunhão³ (vida em comum fundada no amor – uma palavra também esvaziada, mas que significa muita coisa), direcionada à realização da família como comunidade e, ao mesmo tempo, de cada membro dela, individualmente.

Da mesma forma que qualquer experiência social, a família também acompanha o tempo e o espaço, e sofre mutações significativas, muitas vezes necessárias para seguir seu movimento e não ficar fadada a uma mera expressão estática da sociabilidade humana – e o Direito, como ordem, também absorve esta evolução.

Nesse sentido, alguns tipos de família, observáveis na experiência jurídica, podem auxiliar para compreendermos a exata noção do que é, enfim, uma estrutura familiar “institucionalista” – no pensamento de GILBERTO FREYRE, a família que é ela mesma o centro da comunidade (e não propriamente o pai, como o fora a estrutura patriarcal), e a casa, que a personifica⁴. Sendo a família, então, a célula nuclear da sociedade, muito mais cuidado deve ter o Direito em definir seu papel, seu conteúdo, e, principalmente, seu significado, sem retirá-la, outrossim, da própria realidade que a concebeu.

Parece ter sido esse o pensamento dos romanos quando por sucessivas *leges e actiones* procuraram regular os conflitos privados (e demais situações jurídicas) de forma a preservar a família e sua estrutura basilar. As regras e formalidades do casamento visavam, claramente, proteger a estrutura familiar a ser constituída, pois significava não só a união fática entre um homem e uma mulher, mas a própria continuidade do culto divino dos antepassados, da memória do *pater*⁵ (que, ao falecer, tinha segurança na transmissão de seu patrimônio, pois tinha herdeiros para nomear – membros da família, sejam filhos, sobrinhos, ou até tios), da honra de cada membro familiar que, por pertencer a esta instituição, tinha seu *status* reconhecimento perante o *ius*⁶. A família, pois, não era mera soma de indivíduos, mas uma instituição, reunida sob a autoridade e nome do *pater familias*.

³ Norma-princípio fundamental do direito de família no Código Civil, a comunhão plena de vida vivida no casamento pressupõe a total igualdade entre os cônjuges, em direitos e deveres, para com ambos e para com os filhos (art.1.511 do Código Civil, *in verbis*: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”).

⁴ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos. Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento do Urbano**. Vol. I. São Paulo: Editora José Olympio, 1951, p.64.

⁵ PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Buenos Aires: Albatros, 1970, p.666/667.

⁶ GIUFFRÉ, Vincenzo. **Il Diritto dei Privati Nell’Esperienza Romana**. 2 ed. Nápoles: Casa Editrice Jovene, 1998, p.299/300.

Tradição. Esse é o elemento-chave para compreensão da família romana. Elementos subjetivos como o amor e a paixão vinham em segundo lugar⁷, pois o que se propunha era o reconhecimento jurídico familiar e a constituição de distinto *status civitatis* – vindo a colocar-se o amor como fundamento da família apenas com o advento do cristianismo. Com efeito, Justiniano, ao definir o casamento como o “costume indivisível de vida”⁸ (clara influência do cristianismo) traz o elemento da comunhão plena, que inseriu-se ao elemento da tradição, presente na família romana.

O desenvolvimento dos mercados no Medievo traz novas experiências sociais, atingindo o casamento no seu aspecto tradicional, quer dizer, na sua visão institucional como “meio de auxílio mútuo entre famílias”, união de Reinos e até assunção de títulos de nobreza⁹. Os típicos casamentos “arranjados” moldaram muitas estruturas familiares, atingindo já o início da Idade Moderna, e não raro são observados, neste período histórico, como extremamente frios, convencionais, muitas vezes escandalosos, permeados de infidelidades “escondidas”. Os casamentos “queridos”, isto é, levados adiante por casais que se enamoraram, não eram em maior número, e, muitas vezes, eram repudiados publicamente perante a sociedade.

O humanismo e a descoberta do “eu” na Modernidade foi a primeira quebra do modelo tradicional de família de então¹⁰. A literatura, nesse sentido, dá uma contribuição valiosa. O engrandecimento do indivíduo e sua capacidade de auto-realização exaltada por MONTAIGNE e os vínculos matrimoniais e seus “desfechos” genialmente retratados por BALZAC, bem como o “escândalo” da infidelidade de Madame Bovary de FLAUBERT¹¹, foram paradigmas da nova

⁷ Sobre a família romana, o excelente estudo de NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n.326, 1995, p.21.

⁸ JUSTINIANO. **Institutas**. Título IX, parágrafo primeiro. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.37.

⁹ HESPANHA faz excelente análise sobre a visão do amor, no medievo, em meio à formação familiar, e a contradição entre o amor de fundamento cristão e o amor presente nas práticas sociais, que, por não constituírem família, eram considerados ou como contrato ou como “vestes” de pactos – HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.163/166.

¹⁰ A modernidade fez com que na cultura ocidental, “uno dei compiti fondamentali Del diritto privato è la tutela dell’individuo. Il singolo cittadino è riconosciuto e tutelato come persona dotata di piena capacità giuridica e dia gire, come soggetto di azioni libere e autoresponsabili”. RAISER, Ludwig. **Il Compito del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1990, p.133.

¹¹ Sobre a família vista pela literatura do século XIX, por todos, o estudo de SALLERON, Claude. *La littérature au XIX Siècle et la Famille*. **Renouveau des idées sur la famille**. Paris: Presses Universitaires de France, 1954, p.63/67.

família então insurgente, que não perde seu caráter institucional, mas gradualmente deixa de esconder suas mazelas e seus limites.

Contudo, o mais importante nesse processo humanista moderno é que a família passou a ter que enfrentar a contrariedade de seus próprios membros, que, afirmando sua individualidade, buscam seu espaço dentro da estrutura que vivem. O elemento tradição passou a ser substituído pela situação: a família hoje está unida, amanhã, pode estar desunida. O advento das legislações de divórcio¹² – apesar do divórcio existir desde o Direito Romano, tendo sido mantido inclusive por Justiniano – foi o impulso para o fenômeno que culminou na limitação da família no tempo, ou seja, o caráter eterno do vínculo matrimonial passou a ser rechaçado socialmente para, por fim, sê-lo no mundo jurídico.

Ainda assim, mesmo estando situada no tempo, a família manteve seu *status* de instituição. O paradigma de família pós-Revolução Francesa, e consagrado no Código Napoleônico, reforçou o aspecto institucional pelo lado da “autoridade parital”, quer dizer, a manutenção da visão do “chefe de família”, sob cuja dependência estão todos os demais membros da entidade, *in casu*, esposa e filhos¹³.

Nesse sentido, o Código Napoleônico permaneceu, por muito tempo, sendo o “tipo ideal” ou paradigma de direito privado, certamente influenciando outros sistemas jurídicos, como o brasileiro, que, no Código Civil de 1916, protege a família tradicional “patriarcal”, que gira em torno do pai de família, que, na visão de BEVILÁQUA, é requisito necessário para formação da estrutura familiar¹⁴. O casamento era previsto no Código como a única instituição para constituição de família, e seu regime de filiação, parentesco e patrimonial eram completamente diversos das normas sucessórias, as quais previam apenas como herdeiros legítimos os descendentes e ascendentes.

No Direito Brasileiro Colonial, mais especificamente do Segundo Império, refere REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, em parecer juntado nos autos do Recurso Extraordinário 878.694:

¹² GUILHERME DE OLIVEIRA mostra que o divórcio foi admitido a partir do reconhecimento da falibilidade da união familiar, sujeita a crises e conflitos – OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito de família. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, vol.LI, 1975, p.276.

¹³ LEMOULAND, Jean-Jacques. Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin? **Recueil Dalloz**. Paris: Dalloz, n.18, mai/1997, p.133.

¹⁴ BEVILÁQUA faz uma distinção entre o patriarcado “despótico”, que remonta aos antigos povos primitivos, e a família moderna do Código Civil de 1916 centrada no pai (“patriarcal”, no sentido do pai ser o chefe da família) em BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 2 ed. Recife: Livraria Contemporânea, 1905, p.5 e 7.

No caso específico do Brasil, até o ano de 1890, a matéria matrimonial era regida pelo direito canônico, sendo que questões relativas aos bens temporais e sucessões eram reguladas pelas Ordenações do Reino e por diversas Leis Extravagantes, sendo que a Constituição do Império nada estabeleceu a respeito de casamentos e heranças, com exceção da sucessão dinástica (p.11)

O direito canônico colonial no Brasil era regulado, também, pelos Arcebispos. Por força da Lei de 3 de novembro de 1827, a Assembleia Legislativa resolveu manter como lei do Império as disposições do Livro 1º, título 68, §291 das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, elaboradas pelo Arcebispo D. Sebastião Monteiro da Vide. Naquelas uniões celebradas entre pessoas de religiões diferentes da católica o matrimônio não tinha reconhecimento constitutivo do Estado, sendo apenas uniões de fato, além das demais uniões formadas independentemente de questão religiosa.

Ressalte-se que antes mesmo da Proclamação da República do Brasil, em 1889, no final do segundo império, já havia regulamentação para regularização dos casamentos de casais não católicos, os quais não podiam ser reconhecidos pelas leis canônicas católicas. Os primeiros imigrantes protestantes chegaram ao Brasil por volta de 1850, suscitando discussões acerca da liberdade religiosa, da validação, pelo Estado, dos casamentos entre protestantes e casamentos interreligiosos (protestantes e católicos)¹⁵. É o que consagrou a Constituição de 1891, art. 74, § 4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

A indissolubilidade do casamento foi prevista expressamente na Constituição de 1934, apesar de estar consagrada no direito brasileiro, no período colonial, como já referido, pelas normas de direito canônico. O objetivo constitucional foi proteger a família, formada pelo casamento, e prover-lhe assistência, numa postura de verdadeira tutela, sem nenhuma finalidade intervencionista. Como referiu REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, no já citado parecer:

As Constituições anteriores, ao longo de nossa história, jamais regularam ou impuseram restrições ao legislador ordinário em matéria de família e sucessões, com exceção da indissolubilidade de vínculo. Isso porque o Direito de Família, com pontuais e marcantes exceções, é matéria de Direito Privado. (p.12)

Portanto, o Direito Civil brasileiro somente conhecia o casamento indissolúvel, e a única disposição que poderia referir-se à união de fato a enquadrava

¹⁵ Em 11 de setembro de 1861 foi sancionada lei estendendo efeitos civis aos casamentos celebrados entre pessoas que professavam religião diferente da do Estado. A lei ainda regulava o registro civil destes casamentos e dos nascimentos e óbitos dos não católicos. Nesse sentido, o casamento civil passou a ser uma instituição igualmente válida e eficaz juntamente do casamento católico, na modalidade “efeitos civis”, existente até hoje, no atual Código Civil. Esta legislação sobre o casamento civil, aprovada em 1861, perpetuou-se até o advento da República, com a laicidade estatal.

em concubinato, tendo em vista que nem a separação de fato poderia romper o vínculo matrimonial. Regulamentação definitiva somente veio em 1994, com a Lei 8.971 – que garantia o direito à alimentos e sucessão, e definia a união estável como constituída apenas no lapso de 5 anos; e em 1996, com a Lei 9.278, que regulamentava o dispositivo constitucional e consolidava a configuração jurídica da União estável como entidade familiar.

3. União Estável e Casamento: uma necessária distinção

O Código Civil de 2002¹⁶ veio por disciplinar definitivamente principalmente a união estável, definindo-a como entidade familiar e delimitando os seguintes elementos constitutivos:

¹⁶ Antes do Código Civil, duas leis importantes regulamentaram a união estável no Brasil, conferindo inclusive direitos sucessórios, não previstos no então Código Civil de 1.916. A Lei nº 8.971/1994 previa, em seu art. 2º e 3º, expressa participação sucessória do companheiro viúvo. O art. 2º disciplinava uma ordem de vocação hereditária, conferindo o usufruto legal sobre os bens de herança, na existência de herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), e a totalidade da herança, sendo único a suceder. No art.3º, havia previsão expressa da participação do companheiro supérstite no patrimônio obtido com o falecido pelo esforço comum: “Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”. A Lei seguinte, nº 9.278/1996, conferiu o *status familiae* à união estável, no art.1º, como também definiu direitos e deveres entre os conviventes, os quais foram reproduzidos no Código Civil de 2002. Interessante observar que a lei revogou parcialmente o estatuto anterior de 1994, permanecendo, até o Código Civil, uma espécie de regime sucessório composto, mas em nenhum momento equiparado ou igualado ao casamento. No que se refere ao direito real de habitação, importante observar que este foi conferido ao companheiro viúvo na lei de 1996, dispositivo que foi alterado no Código Civil de 2002, de modo a conferi-lo apenas à cónjuge supérstite, que antes possuía o direito ao usufruto dos bens de herança: “Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns. [...] Art. 5º. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. § 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

- diversidade de sexos¹⁷;
- convivência pública, contínua e duradoura (neste último quesito, não fixa prazo, deixando à análise do caso concreto);
- objetivo de constituir família – *affectio maritalis*.

O casamento permaneceu sendo a instituição, por excelência, para constituição de família, previsto no art. 1.511, principalmente com o elemento essencial da *comunhão plena de vida*, o qual não aparece, segundo o legislador, na união estável. Claramente, o Código previu a diferenciação entre os institutos, sem finalidade de discriminação, mas com o intuito de conceder a formalidade essencial a um instituto com participação estatal (casamento) e de não conceder nenhuma formalidade a instituto fático (união estável).

Tanto é assim que o Código define, a luz da Constituição, a união estável como entidade familiar, equiparada ao casamento, tendo em vista que este último tem natureza institucional e pública, por contar com a participação do Estado, enquanto que o primeiro é essencialmente fático, tanto é que, por mais que seja materializado de alguma forma (por contrato particular escrito ou escritura pública) pode vir a não ser reconhecido se não preencher os elementos essenciais:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dessa maneira, é o Código Civil que define o que é cada instituto, como se materializa e como serão reguladas a sucessão *causa mortis* em ambas as realidades. Ora, como no Livro de Direito de Família do Código os regramentos civis, inclusive no que tange ao regime de bens e forma de pactuação, são distintos para casamento e união estável, de forma coerente e racional o próprio Código dispõe de regimes sucessórios distintos, com o critério de coadunar a natureza jurídica constitutiva com a participação de cada cônjuge ou companheiro na herança.

Assim, a Constituição não regula nada a esse respeito, sendo da vontade do constituinte deixar essa regulamentação ao cargo da lei. Como, mais uma vez, refere REGINA BEATRIZ TAVARES, no já mencionado parecer:

a Lei Maior limita o poder regulamentador do legislador ordinário sobre a família nos seguintes pontos, em que estabelece: (i) que o casamento civil deve

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, em 05 de maio de 2011, por interpretação conforme a Constituição, conferiu juridicidade às uniões estáveis homoafetivas, determinando que a expressão “homem e mulher” prevista no art. 1. 723, bem como na própria Constituição Federal, fosse entendida e aplicada como “pessoas”, admitindo, assim, a possibilidade de união familiar sem o requisito da diversidade entre os sexos.

ter gratuidade, (ii) que o casamento religioso para ter efeitos civis deve seguir os parâmetros da lei ordinária, (iii) que a união estável tem natureza monogâmica e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, (iv) que deve haver igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, (v) que o casamento é dissolúvel, (vi) que há liberdade no planejamento familiar; (vii) que o Estado deve assegurar assistência à família e coibir a violência doméstica, (viii) que é dever da família, da sociedade e do Estado a proteção às crianças, jovens e adolescentes. (ix) que há absoluta igualdade entre os filhos, (x) que há o dever da família, da sociedade e do Estado de amparo aos idosos. São essas as ordens constitucionais, portanto, impostas em matéria de casamento e união estável. (p.14)

Dessa maneira, não há como tornar igual, o que a própria lei desigualou, materialmente e juridicamente. A chamada “igualdade sucessória” preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, em verdade, tratou-se de uma reforma legislativa ativa, a par da atividade legislativa parlamentar, tendo em vista que sob a égide de autoridade simbólica constitucional adotou interpretação contrária ao próprio texto constitucional, e à autoridade da lei civil brasileira, ou seja, do Código Civil. Primeiro, porque não cabe a Constituição regulamentar matéria sucessória, apenas assegurando o direito à herança, de modo a evitar qualquer legislação que retire ou restrinja esse direito. Com efeito, a sucessão *causa mortis* na legislação civil brasileira é patrimonial, e privada, sendo de prerrogativa do legislador sua alteração ou revogação. Pode-se dizer, assim, que o Supremo Tribunal Federal acabou por interferir em matéria patrimonial, de incumbência legal.

Por outro lado, tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal, na referida decisão, admitiu que os institutos possuem naturezas diferentes, mas, que a luz do texto constitucional, não poderiam ser desigualados, em termos de direitos subjetivos (dignidade dos companheiros; relação familiar, reconhecida como equiparada ao casamento; incidência de deveres e obrigações entre companheiros), a interpretação estendeu-se para direitos patrimoniais, invadindo esfera própria do direito civil disponível. Com efeito, inexistente igualdade inclusive na sucessão legítima, onde existe uma hierarquia entre os chamados à sucessão, na chamada “ordem de vocação hereditária”, seguindo a preferência pela consanguinidade e proximidade do parentesco. Ainda, não existe igualdade entre os próprios herdeiros legítimos, no que tange à herança necessária, tendo em vista que o legislador determinou que os colaterais não inserem-se nesta categoria. Se o critério é a igualdade, e não discriminação, entre sujeitos que se equiparam na família, não deveria existir a própria ordem de vocação hereditária, tampouco os “eleitos” da herança necessária do art. 1.845, do Código Civil.

4. A “igualdade jurídica” definida pelo Supremo Tribunal e o alcance da repercussão geral aprovada

Consoante já dito, a igualdade jurídica formal estabelecida na decisão do Supremo Tribunal Federal, em verdade, criou uma igualdade material que não existe. Foi-se além da disposição expressa da lei, conferindo, ainda, conteúdo a uma norma constitucional que não possui a aplicabilidade cogente e direta sobre todo o sistema civil familiar e sucessório.

Antes de esboçar a sua tese da repercussão geral, o Supremo Tribunal, ainda na ementa do acórdão, sintetiza as outras principais teses ou fundamentos que embasaram a sua decisão:

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

Efetivamente, a Constituição Federal inclui como família aquela formada pela união estável, entre homem e mulher (interpretação alterada pelo próprio Supremo em julgamento anterior), e refere, expressamente, que a lei promoverá a sua conversão em casamento. Ora, a norma constitucional exige regulamentação, que é o próprio Código Civil. O Código Civil prevê a união estável como instituição equiparada ao casamento e constitutiva de família, mas mantém o regramento específico da mesma. Portanto, a constituição define que família é a base e célula motora do Estado, e pode ser constituída pelo casamento e união estável.

Cumprir observar que a Constituição não agrega diferentes formas de família, mas nomina de forma específica as que são legítimas, não dando amplitude nem espaço para que se possa “constitucionalizar” outras formas de relações afetivas que não se encontram no rol constitucional.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

A primeira assertiva já inicia com um equívoco grave. “Não é possível desequiparar para fins sucessórios”. Ora, a desequiparação já existe no livro de Direito de Família. O livro do Direito das Sucessões segue a lógica do que foi definido no livro de Direito de Família, e não se trata de hierarquização, tendo em vista que a Constituição já coloca o casamento e união estável como constitutivos de família. O que existe é distinção, em função da natureza: como já dito, o casamento é de cunho estatal, com participação do Estado, enquanto que a união

estável é fática por natureza, e convencional, por opção. Naturezas diferentes, regimentos diferentes. Não hierarquicos.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

A Terceira conclusão do Supremo Tribunal igualmente merece reparos. Primeiramente, não se pode afirmar que o Código Civil revogou plenamente as Leis 8971 e 9278 no que tange ao regime sucessório, tendo em vista que a regra legal do próprio Código prevê que a lei sucessória aplicável é a da data da abertura da sucessão. Portanto, caso o companheiro tenha falecido em 15 de março de 1995, por exemplo, a lei 8.971 é aplicável, que conferia, ao companheiro, o usufruto da quarta parte, se concorrendo com descendentes, e da metade, se com ascendentes, vindo por ser herdeiro universal, na ausência de descendentes ou ascendentes. Dessa maneira, se pensarmos na redação do próprio art. 1.790, verifica-se que este, no caso concreto, seria mais benéfico ao conjugue sobrevivente, posto que confere participação patrimonial no patrimônio do de cujus, e não somente o usufruto. Isso quer dizer que a regra impugnada pelo Supremo, sob o argumento de ter revogado legislação anterior, é mais benéfica ao companheiro, demonstrando que faltou, com todo o respeito, aos Ministros, profundo conhecimento da legislação sucessória.

No caso do companheiro, por exemplo, ter falecido no dia 15 de março de 1997, aplica-se a lei 9278, conjugada com a anterior, visto que manteve a regra do usufruto, mas agregou a possibilidade de direito real de habitação sobre o imóvel familiar. Dessa forma, não há que se falar em revogação, *stricto sensu*, posto que as regras ainda valem para óbitos anteriores ao Código. Por outro lado, pode-se dizer que o art. 1790 é norma mais benéfica, demonstrando uma evolução do Código Civil em relação a legislação anterior.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Ou seja: efeitos ex tunc da inconstitucionalidade.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Ora, no entender do Supremo Tribunal:

- A inconstitucionalidade é dos regimes sucessórios, mas a distinção no direito de família permanece, como, por exemplo, no direito patrimonial, a regra da *outorga uxoria*, aplicável somente ao casamento.
- A desigualdade admitida pelo Supremo Tribunal Federal é patrimonial, tendo em vista que o art. 1.829 do Código Civil, o qual é o aplicável para fins de igualdade sucessória, trata tão somente da Ordem de Vocação Hereditária, e das quotas a serem distribuídas a cada herdeiro, tendo sido os companheiros colocados junto do cônjuge nos incisos I, II, e III. Contudo, nesta mesma “igualdade”, o próprio Supremo instituiu “desigualdades”, senão, vejamos:
 - A na concorrência com descendentes, o Supremo não se pronunciou acerca da concorrência no regime da comunhão parcial. Ora, a redação legal, imprecisa, até então aplicável ao casamento, agora se estende a união estável, na qual a união de fato encontra mais dificuldades que a união convencional para definição, por exemplo, do que seriam os bens particulares do companheiro falecido. Tendo em vista que se tratava de repercussão geral, o Supremo deveria desde já ter se pronunciado sobre a correta interpretação, já que definiu o art. 1.829 como aplicável a espécie.
 - B ainda na concorrência com descendentes, nos casos de separação obrigatória, aplicável somente ao casamento, sabe-se que o cônjuge superstite não concorre a herança. Contudo, como não é possível a aplicação da separação obrigatória à união estável, no caso de um maior de 70 anos (uma das hipóteses legais) permanecer em união fática com outra pessoa, este companheiro superstite terá o direito a concorrência sucessória, enquanto que o casado, não. Desigualdade!
 - C Na concorrência com ascendentes, como independe de regime de bens, a aplicação da regra à união estável não traz dificuldades, apenas no que tange ao direito familiar, naquilo que concerne à prova da união estável para habilitação do companheiro meeiro e concorrente.
 - D Outro aspecto de desigualdade, promovida pelo Supremo: a aplicação do art. 1.830 do Código Civil na sucessão da união estável. Ora, diz o respectivo dispositivo: **Art. 1.830.** *Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.* Estes são requisitos legais para legitimidade de suceder

da cônjuge. Ora, se observarmos, não será possível aplicar este dispositivo à união estável, pois a previsão legal refere separação judicial, próprio do casamento; e separação de fato por mais de dois anos, situação difícil de ser caracterizada numa união, por natureza, fática. Isso quer dizer que uma cônjuge separada de fato há mais de dois anos poderá ser ilegítima a suceder ou concorrer a herança, no entanto, um companheiro separado de fato, mesmo em união convencional (por contrato), poderá ter maior facilidade e legitimidade para suceder, tendo em vista que, por se tratar de união de fato, considerar-se-á mais custosa a prova da sua ruptura fática. Além disso, a referida regra restritiva aplica-se à cônjuge, inexistindo regra restritiva ao companheiro. Desigualdade!

- E Com relação à categoria de herdeiro necessário, pelo art. 1.850 do Código Civil, esses são os descendentes, ascendentes e cônjuge. Nos embargos de declaração julgados pelo Supremo Tribunal, restou claro que a repercussão geral não atinge os demais dispositivos do Código referentes ao regramento sucessório. Ora, no que tange aos efeitos da repercussão geral, poderia, sim, o Supremo, ter incluído os demais dispositivos do Código Civil, via interpretação conforme, que não feriria o objeto do RE proposto, que era o art. 1.790. Se não o fez, é porque, em verdade, inaugurou uma “igualdade” pela metade: alterou a lei civil brasileira, e omitiu-se completamente com relação aos demais dispositivos conexos, causando uma desincronia no sistema. Em uma palavra, com todo o respeito: anarquia sistemática.
- F Outra falácia, lamentavelmente, esboçada pelo Relator, Ministro Marco Aurelio Mello: *A regra de que o companheiro só é herdeiro quando for meeiro não possui qualquer similar no regime sucessório do cônjuge, e, além disso, não se coaduna com a ideia de proteção do regime sucessório, já que, em relação a esses bens, o companheiro já teria direito à meação. Por outro lado, o caput do art. 1.790 do CC/2002 exclui da sucessão qualquer bem adquirido gratuitamente pelo falecido, assim como qualquer bem adquirido onerosamente em período anterior à vigência da união estável.*

Com todo o respeito, essa regra não está colocada no art. 1.790. Com efeito, o referido dispositivo fala na “participação do companheiro na sucessão”, tratando o companheiro sempre como concorrente. Ora, a cônjuge também é concorrente, contudo, os regimes são distintos em razão da distinção de natureza do instituto. O companheiro participa pois pressupõe-se a união estável como

união de fato. E participa quanto aos aquestos, ou bens onerosos adquiridos durante a união. Justamente porque o regime de bens da comunhão parcial é aplicado na união fática por omissão de contrato ou convenção, *no que couber*, ou seja, nos negócios jurídicos e aquisições de patrimônio que forem cabíveis nas uniões maritais.

Não existe a mesma presunção de comunicabilidade que há no casamento. Há que se ter a prova da constituição dos aquestos durante a união para formação do patrimônio objeto de meação. Eis a razão pela qual, na sucessão, o companheiro participa apenas dos aquestos, como previsto no art. 1.790, considerado inconstitucional.

Faltou, com todo o respeito, precisão na análise do eminente Relator. Os bens recebidos gratuitamente pelo falecido são excluídos da sucessão assim como podem ser excluídos da meação, pois toda a doação presume-se unilateral (só poderia ser considerada patrimônio comum se provada a doação em favor dos companheiros, como é também no caso dos cônjuges). Os bens adquiridos anteriores a união estável também estão fora da meação, portanto, não poderia participar o companheiro sobre bens que não houve contribuição, já que a presunção de comunicabilidade não se aplica.

O paralelo com a possibilidade da conjuge concorrer sobre bens particulares, para assim fundamentar a pretensa igualdade, é falacioso e equivocado. Com efeito, no casamento se tem muito claro o período de início da aplicabilidade do regime de bens, e, na comunhão parcial, isto fica mais evidente ainda. A possibilidade da conjuge concorrer na existência de bens particulares se deve ao entendimento de que o conjuge não poderia concorrer sobre a meação do outro, posto que, mesmo sendo patrimônio comum, constitui meação de outrem, definida pelo casamento e regime de bens. Assim, o Código preferiu estabelecer a concorrência da conjuge sobre bens que não constituem a meação do falecido, os quais só poderiam ser os particulares. Esse é o motivo pelo qual o STJ adotou entendimento, pelo enunciado nº 270, que a cômjge concorre somente sobre os bens particulares, justamente para não ter ingerência sobre a meação do falecido, que será distribuída somente aos descendentes.

Não é o mesmo com a união estável. Não existe a presunção automática de comunicabilidade de bens. O STJ recentemente pronunciou-se a respeito. Por essa razão, a participação patrimonial sucessória também deve ser distinta.

Disse, ainda, a Suprema Corte brasileira: *Família funcional*: “a noção de funcionalização da família, que aponta o seu caráter instrumental em prol da dignidade e da realização existencial de seus membros. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro,

diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra” (p.20). Existem, neste argumento, com todo o respeito, uma mistura de conceitos: funcionalização; arbitrariedade; diferenciação; hierarquização. *Separar as situações em que a diferenciação de regimes jurídicos é feita de forma legítima daquelas em que é feita de forma arbitrária.*

O Ministro Edson Fachin procurou separar o inseparável – o regime sucessório brasileiro depende, sim, do regime patrimonial do casamento e da união estável: *Aqui não se está a falar de direito de meação. Portanto, tal como se pôs o voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, nós não estamos a discutir os efeitos da meação, que implicaria num outro debate; estamos, aqui, num terreno que está no campo de direito sucessório. Portanto, voltando à questão inicial, o art. 1.790 promove uma diferença ou uma discriminação injusta que é incompatível com o texto constitucional?* (p.2) Ora, como já dito, o regime sucessório do Código Civil atrela as regras sucessórias ao regime de bens do casamento. Então, a discussão trata sim de meação e participação patrimonial na sucessão.

No que tange ao Direito Real de habitação, ao prover o RE, o Tribunal manteve a sentença de primeiro grau, ao qual conferiu direito real de habitação. Contudo, não foi inserido na tese de repercussão geral. Portanto, o direito real de habitação, no processo, tem efeitos inter partes, e não erga omnes.

O Ministro Dias Toffoli apresentou voto divergente, e referiu, de forma bastante ponderada: *Antes de mais nada, a Constituição, evidentemente, diz que a união estável merece uma proteção, mas também não diz que união estável é casamento. [...]Minha grande preocupação aqui é nós estarmos anulando a autonomia da vontade. Da mesma maneira que, no art. 1.725, quando se fala do Direito de Família, os conviventes podem alterar aquele regime, que seria o regime legal, por que não no caso do dispositivo do 1.790, por meio de testamento, ou por meio daquele mesmo acordo que incidiria sobre a união estável, com relação à divisão de bens patrimoniais? A questão constitucional posta no apelo extremo pode ser assim resumida: o art. 1.790 do CC estipula regras sem razões justificadas para o discrimen, ou o legislador, ao fazer a opção, fez o juízo adequado da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito?”*

Por derradeiro, o Supremo Tribunal não enfrentou a questão referente à “reserva de ¼” prevista no art. 1.832: “Em concorrência com os descendentes (...) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Como não houve definição jurídica, o dispositivo continua sendo aplicável ao cônjuge, pois só a ele se refere; no entanto, claro está que a discriminação continua, tendo em vista que a reserva da quarta parte da herança é conferida apenas ao cônjuge, que, dependendo do regime de bens, pode até ser

prejudicado patrimonialmente em face do companheiro susperstite, sobre o qual não se aplica a regra. Ou vice-versa! A insegurança jurídica, pois, permanece.

Conclusão

É preciso dizer que toda decisão emanada do Supremo Tribunal Federal é legítima, justamente pela Corte ser o intérprete máximo da Constituição, bem como o guardião dos seus valores. Todo jurista que preza pelas instituições democráticas e pelo Estado de Direito respeitará as decisões da Suprema Corte, ainda que contenham equívocos interpretativos ou a adoção de linhas de interpretação jurídica diversas.

Contudo, também é preciso dizer que na hipótese da ocorrência de alguma circunstância de “política judiciária”, ou de pretensa ideologização ou adoção de pautas políticas nas decisões da Suprema Corte, e a eventual utilização da instituição para imposição de tais pautas, deve sempre ser apontada pelo jurista, e combatida pacificamente, pois isto também faz parte da defesa do Estado Democrático de Direito. Lamentável admitir que em nossa Suprema Corte podem ocorrer tais situações, ainda que não voluntariamente queridas pelos eminentes Ministros que a compõem.

Na peculiar decisão emanada no RE nº 878.694, de 2017, comentada neste trabalho, verificou-se, sim, um debate que foi além das questões de interpretação jurídica. Existiram, sim, diversas pautas nas idéias emanadas por vários Ministros do Supremo Tribunal, e isso foi perceptível durante os debates na sessão de julgamento, que foi pública e transmitida pelos meios audiovisuais. Palavras como “conservador”, “patriarcal”, e a própria interpretação do que seja casamento, durante a sessão de julgamento, em diversos momentos foram tirados do seu contexto e, inclusive, tomados no discurso de maneira pejorativa. Talvez seja o efeito da questão em debate ter sido em direito de família, que, de certa forma, acaba também por interferir no mais íntimo do julgador, que não consegue, talvez, se afastar da vontade subjetiva e agir da forma mais distante e técnica possível.

A decisão prolatada no RE nº 878.694, de 2017, constitui, em verdade, mais um instrumento de mudança social protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a sociedade não mudou: o direito à sucessão aberta é eminentemente legal e jurídico, e independe da constituição social familiar ou espécie de família formada no grupo social. A mudança legislativa definida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro – sem a participação da sociedade, pelo menos por meio do Congresso Nacional; e a alteração do Código Civil, a lei geral do Direito Privado Brasileiro, aprovada democraticamente no Congresso Nacional, sem a participação deste na efetiva modificação; e mais, a alteração parcial proporcionada por uma repercussão geral incompleta – trouxe conse-

quências sociais, sobre famílias diversas, quem sabe não queridas pela própria sociedade. Nesse sentido, o questionamento que fica é: quem constitui o direito de família no Brasil? A sociedade ou um grupo seletivo de notáveis?

Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 2 ed. Recife: Livraria Contemporânea, 1905.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos. Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento do Urbano**. Vol. I. São Paulo: Editora José Olympio, 1951.

GIUFFRÉ, Vincenzo. **Il Diritto dei Privati Nell'Esperienza Romana**. 2 ed. Nápoles: Casa Editrice Jovene, 1998.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JUSTINIANO. **Institutas**. Título IX, parágrafo primeiro. Tradução: José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEMOULAND, Jean-Jacques. Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin? **Recueil Dalloz**. Paris: Dalloz, n.18, mai/1997.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n.326, 1995.

OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito de família. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, vol.LI, 1975.

PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

RAISER, Ludwig. **Il Compito del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1990.

SALLERON, Claude. La littérature au XIX Siècle et la Famille. **Renouveau des idées sur la famille**. Paris: Presses Universitaires de France, 1954.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgado em 11 de maio de 2017. Presente em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>.

A (IR)RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA AUTODETERMINAÇÃO SUCESSÓRIA

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais¹

Resumo: Na sociedade contemporânea muito se tem falado de igualdade de gêneros, de liberdade religiosa, etc., existindo toda uma preocupação com o respeito pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos dos cidadãos. Trata-se de um problema a que o Direito Sucessório não pode ficar indiferente. Por isso, é legítimo e relevante que se questione em que medida os direitos fundamentais e, em particular, o princípio da igualdade (não discriminação), têm alguma incidência imediata no âmbito da transmissão do património entre as gerações de uma forma voluntária. Poderá o de cujus dispor dos seus bens como entender sem ter de atender a quaisquer considerações de igualdade? Terá a Constituição algum reflexo neste âmbito? A resposta positiva implicaria repensar algumas regras que se têm por adquiridas no nosso sistema sucessório, como aquelas que se referem à interpretação do testamento. Eis o problema que me proponho abordar e que tem tido diversos reflexos em algumas ordens jurídicas estrangeiras, bem como na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

¹ Doutor em Direito e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I. A (ir)relevância “extrassistémica” do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória

1. Pertinência da questão

No séc. XXI, tem-se verificado em diversas ordens jurídicas uma tendência jurisprudencial, suportada por alguma doutrina, no sentido de uma incidência direta do princípio da igualdade, não só no âmbito da sucessão legal, mas, igualmente, no contexto da sucessão voluntária, em particular testamentária. Esta incidência resultaria de uma “eficácia horizontal” da Constituição ou da própria Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) – expressa ou implicitamente assumida –, ou seja, da sua eficácia imediata nas relações entre privados. Tratar-se-ia, por isso, de um limite à autodeterminação sucessória exterior ao próprio sistema sucessório (“extrassistémico”).

Nesta primeira parte do meu estudo, abordarei diversos exemplos que me parecem elucidativos do problema e da sua relevância. À primeira vista – e erradamente –, poder-se-ia dizer que o tema em causa é um “não-tema”, sendo óbvio que o campo da liberdade de testar é um campo de desigualdade por excelência. Tendo em conta o princípio da sucessão por cabeça que rege a sucessão legal no sistema sucessório português, é natural a importância do testamento enquanto forma de adequação dessa sucessão às particularidades da situação de cada testador, em especial, aquelas que se referem à sua família²⁻³. Por isso, e em suma, quem testa quer consagrar “desigualdades” onde a lei impõe uma igualdade estrita, não esquecendo que o princípio da igualdade se traduz num tratamento igual daquilo que é semelhante e num tratamento diferenciado de situações em que tal semelhança não se verifica.

Acrescente-se, ainda, que a relevância da questão em análise é acrescida se tivermos em conta o facto de haver uma tendência para um alargamento da liberdade de disposição por morte nos sistemas sucessório atuais, à medida que vai sendo questionada a própria sucessão legitimária⁴.

² No direito português, o princípio da sucessão por cabeça resulta do artigo 2136.º, para a sucessão legítima, sendo aplicável à sucessão legitimária por via da remissão operada pelo artigo 2157.º.

³ Todos os preceitos referidos sem indicação da respetiva fonte pertencem ao Código Civil português.

⁴ Trata-se de um aspeto focado por Teodora F. Torres García/María Paz García Rubio, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 90. Tenha-se presente, a este propósito, a recente introdução no direito português da possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, através de Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto. Sobre a questão e sobre a relevância da própria sucessão legitimária no direito português atual, cfr. Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos para a transmissão da

2. Algumas manifestações jurisprudenciais da questão

2.1. Interpretação da cláusula *si sine liberis decesserit* numa substituição fideicomissária e o princípio da igualdade: a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e dos tribunais espanhóis

No contexto da sua função de “guardião” da CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) decidiu, no caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, que o princípio da não discriminação, contemplado no artigo 14.º da Convenção, tinha de ser respeitado pelos tribunais ao interpretar uma cláusula testamentária em que a testadora, aparentemente, quis excluir os descendentes adotivos dos seus filhos da disposição testamentária em causa⁵.

Tratava-se de uma substituição fideicomissária condicional *si sine liberis decesserit*, muito frequente na Catalunha⁶. No caso concreto, a testadora fez um testamento perante um notário com uma substituição fideicomissária, em que instituíu como *fiduciário*, na qualidade de herdeiro, o seu filho Francesc-Xavier, e *substitutos diretos* do mesmo, também na condição de fiduciários, para o caso de este não poder aceitar a herança, a sua irmã Carolina e, se esta não pudesse aceitar, o seu sobrinho Josep. A testadora indicou como *fideicomissário* “um filho ou neto de um matrimónio canónico e legítimo” daquele que chegasse a ser herdeiro. Se isto não acontecesse, os fideicomissários seriam os filhos e os netos dos substitutos diretos. Ou seja, a instituição a favor destes últimos encontrava-se sujeita à condição suspensiva de o fiduciário falecer *sine liberis*. Trata-se de uma disposição que visa claramente conservar os bens no seio da família.

riqueza entre as gerações”, *Revista de Direito Comercial*, 2, 2018, pp. 989 a 1118, disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-relevancia-dos-pactos-sucessorios-renunciativos>.

⁵ Caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, n.º 69498/01, 13 julho 2004. Disponível na versão inglesa em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22display%22:\[%220%22\],%22languageiso-code%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2269498/01%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61900%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22display%22:[%220%22],%22languageiso-code%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2269498/01%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61900%22]}).

⁶ Resulta do artigo 2286.º que o fiduciário é apenas um proprietário temporário dos bens, sujeito ao encargo de os conservar para que, por sua morte, revertam para o fideicomissário, que será o proprietário definitivo dos mesmos. Em concreto, trata-se da condição de o fiduciário falecer sem deixar descendentes legítimos. Sobre esta cláusula no direito português e no que se refere às dificuldades que a mesma levanta no âmbito da substituição fideicomissária, cfr. Daniel Morais, Cristina Araújo Dias (Coord.), *Código Civil anotado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 436-438 (anotação ao artigo 2288.º). Como aí refiro, apesar da limitação da substituição fideicomissária a um grau, que resulta do artigo 2288.º, a nossa doutrina admite que possam existir dois fiduciários sucessivos, se a designação do último destes se estiver sujeita à condição resolutiva de este falecer sem deixar descendentes. Neste caso, tudo se passa como se a sua vocação fosse apagada caso a condição se verifique.

Estava em causa a interpretação da expressão “filho ou neto de um matrimónio canónico e legítimo”, mais especificamente, saber se os filhos adotivos se poderiam considerar “filhos legítimos”. Assim, as várias instâncias até ao Tribunal Superior de Justiça de Andorra procuraram determinar se, de acordo com o uso normal das palavras na sociedade onde a testadora vivia, a expressão “filhos legítimos” abrangeria também os filhos adotivos. Este último Tribunal concluiu que não se podia entender que Francesc-Xavier tivesse falecido deixando “filhos legítimos”, visto que a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos não diz respeito à qualidade de filho adotivo.

Após ter recorrido para o Tribunal Constitucional de Andorra, invocando uma violação do princípio da igualdade das crianças perante a lei independentemente da sua filiação, por parte do Tribunal Superior de Andorra, e sem sucesso, o filho adotivo de Francesc-Xavier, bem como o seu cônjuge sobrevivente, recorreram para o TEDH. Apesar de todos os tribunais andorranos terem entendido que o testamento devia ter sido interpretado atendendo ao sentido das palavras utilizadas pela testadora no momento da feitura do testamento, os demandantes invocaram que tais palavras deviam ser interpretadas considerando o momento em que o testamento foi executado, ou seja, na minha opinião, uma interpretação objetivista e atualista do testamento⁷.

O TEDH subscreveu a tese invocada pelos demandantes, como resulta da afirmação de que: “mesmo supondo que os tribunais nacionais necessitassem de interpretar a disposição testamentária em questão, *essa interpretação não poderia ser feita exclusivamente à luz das condições sociais existentes no momento em que o testamento foi feito ou no momento da morte da testadora*, ou seja, entre em 1939 e 1949; em particular quando um período de cinquenta e sete anos decorreu desde a data em que o testamento foi feito e a data em que o património foi transmitido aos herdeiros. *Na medida que decorreu este longo período, durante o qual se deram profundas mudanças sociais económicas e legais, os tribunais não podem ignorar estas novas realidades (...)* e sem esquecer a importância de interpretar a disposição testamentária da forma mais consentânea com o direito interno e com a Convenção, em conformidade com a interpretação dada pelo TEDH nas suas decisões”⁸. No entanto, este Tribunal imputou a suposta discriminação em causa aos tribunais andorranos e não à própria testadora.

⁷ O testamento tinha sido feito em 1939 e o fiduciário faleceu em 1996.

⁸ Caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, n.º 69498/01, § 62, 13 julho 2004. O itálico é meu. Todas traduções dos acórdãos estrangeiros mencionados, dos preceitos legais e das citações doutrinárias são da minha lavra.

Na sequência direta desta decisão do TEDH, pode-se apontar o acórdão do Tribunal Constitucional espanhol, n.º 9/2010, de 27 de abril de 2010⁹⁻¹⁰. Estava em causa um recurso interposto por duas irmãs, que sustentavam que uma decisão do Tribunal Superior da Catalunha havia violado o princípio da igualdade, previsto no artigo 14.º da Constituição espanhola (CE), ao interpretar literalmente a cláusula testamentária que tinha dado origem ao conflito. Neste caso, a cláusula testamentária em causa assumia outra configuração, clássica do direito catalão¹¹.

Nos termos desta substituição, o primeiro instituído somente adquire a herança como proprietário definitivo, podendo então dispor dos bens, se tiver filhos que alcancem a puberdade; se falecer sem deixar descendentes ou se estes não tiverem alcançado a puberdade nesse momento (*si sine liberis decesserit*), é chamado o segundo filho do *de cujus* e assim sucessivamente. Quando um dos filhos do testador é pré-morto, deixando descendentes que já tenham alcançado a puberdade, o testamento prevê uma substituição vulgar em benefício dos filhos legítimos do fideicomissário, caso se verifique a sua pré-morte. Ou seja, a instituição dos diversos filhos do testador, sucessivamente, como proprietários definitivos dos bens, encontra-se sempre sujeita à condição suspensiva de estes terem descendentes que alcancem a puberdade ou de falecerem deixando descendentes nas condições indicadas. Se se der a sua pré-morte e deixarem tais descendentes, serão estes os proprietários definitivos dos bens. No caso concreto, um dos filhos do testador faleceu deixando filhas adotivas. Mais uma vez, e tal como o TEDH no caso mencionado, o Tribunal Constitucional espanhol confundiu a discriminação levada a cabo pelo testador com uma discriminação realizada pelos tribunais. Deste modo, viabilizou o recurso de amparo e evitou pronunciar-se sobre o problema da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹².

⁹ Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/6648>.

¹⁰ Aspeto salientado por Teodora F. Torres García/María Paz García Rubio, *op. cit.*, p. 32; e que resulta do ponto n.º 5 dos “Fundamentos Jurídicos” da própria decisão.

¹¹ Sobre esta configuração Cfr. Immaculada Vivas-Téson, “Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 13, 2004, pp. 335-346; em particular, p. 339. Trata-se de um comentário ao acórdão do Tribunal Superior da Catalunha de 22 de janeiro de 2004, no qual o entendimento foi o de que a expressão “filhos legítimos” não inclui os filhos adotados.

¹² Para Torres García/García Rubio, o Supremo Tribunal Constitucional espanhol realizou uma autêntica “finta” ao analisar a questão no campo da interpretação do testamento (*op. cit.*, p. 33). O mesmo já se tinha verificado no caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, como apontou o juiz Garlicki, no seu voto de vencido. No mesmo sentido se pronuncia Margarita Herrero Oviedo, afirmando que o TEDH não se pronunciou sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais, mas limitou-se a afirmar que os tribunais inferiores não tinham utilizado o critério interpretativo correto (cfr. “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales”, *InDret*, 2, 2012, pp. 3-36, em

Ainda no mesmo sentido se pode apontar o acórdão do Supremo Tribunal espanhol de 1 de março de 2013¹³. Neste caso, o Tribunal reconheceu os direitos sucessórios dos herdeiros de um fideicomissário que tinha sido adotado de forma simples e que era pré-morto em relação ao fiduciário¹⁴. Ou seja, deu-se o absurdo de serem reconhecidos direitos sucessórios ao fideicomissário desde a morte do autor da sucessão, embora, nesse momento, a adoção ainda não se tivesse verificado. O Tribunal sustentou uma interpretação retroativa do princípio constitucional de não discriminação (artigos 14.º e 39.º CE), relativamente a sucessões que, embora tendo-se aberto num momento anterior ao da entrada em vigor da própria Constituição espanhola, não tivessem ainda esgotado a totalidade dos seus efeitos aquisitivos (“sucessões não consumadas”), neste caso, devido à existência de vocações sucessivas, fruto da substituição fideicomissária¹⁵.

particular, pp. 9 e 19). Conforme resulta do ponto n.º 2, c) dos “Fundamentos Jurídicos” do acórdão: “Se a discriminação denunciada fosse imputável de modo inequívoco à formulação por parte do *de cuius* da cláusula de substituição fideicomissária, o problema constitucional colocado teria sido, por um lado, o das relações entre o princípio da autonomia da vontade e a proibição de discriminação no âmbito da sucessão testada, colocando-se a questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais relativamente a terceiro, e em particular do reconhecido no art. 14.º CE (...), e, por outro, o de que saber se é ou não possível a aplicação retroativa da Constituição a atos privados realizados muito antes da sua entrada em vigor”. Na sua margem de arbítrio na interpretação da vontade do testador, atendendo ao caráter ambíguo da expressão “filhos legítimos” por este utilizada, os órgãos judiciais não teriam interpretado a cláusula de acordo com o critério correto.

¹³ Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>.

¹⁴ Recorde-se que, ao contrário do que sucede no direito português, no direito espanhol, o fideicomissário adquire o direito à sucessão desde a morte do testador ainda que morra antes deste (artigo 784.º em conjugação com o artigo 799.º do Código Civil espanhol).

¹⁵ Esta última decisão é bastante clara no que se refere ao alcance da preocupação de salvaguarda do princípio constitucional da igualdade (da não discriminação). Numa visão altamente crítica relativamente a estes excessos, Lerdo de Tejada afirma que lhe parece um disparate que hoje em dia se reclamem heranças abertas antes da entrada em vigor da Constituição espanhola, o que contradiz normas de direito transitório e normas relativas à usucapião e à prescrição extintiva (cfr. “Igualdad por razón de filiación y derecho de sucesiones”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10, fevereiro 2019, pp. 336-365, em particular, p. 339). A este propósito, o mesmo autor salienta que “o direito não pode nem deve corrigir a história”, e acrescenta: “provavelmente o regime discriminatório fez muitos dos nossos antepassados sofrer, mas por lamentável que isso seja, que podemos hoje fazer para o remediar? Seria uma solução permitir, por exemplo, ao descendente remoto reclamar hoje a herança do seu suposto bisavó? Será que isso consolaria a sua bisavó? Não estaríamos a alimentar toda uma série de atuações tão pouco profissionais como parece ser o caso, abrindo caminho a litígios infinitos?”. Pelo contrário, para este autor o caminho será no sentido de uma salvaguarda da segurança jurídica e dos direitos adquiridos (*op. cit.*, p. 344). Segundo das normas de aplicação da lei no tempo, a sucessão é regida pela lei em vigor no momento da sua abertura, o que pode implicar que sucessões abertas antes da entrada em vigor da Constituição Espanhola de 1978 sejam regidas por normas discriminatórias. Admitir a retroatividade das normas constitucionais com base no conceito de “sucessões consumadas” ou “esgotadas” constitui um risco, pois tal conceito “carece de fundamento legal, sendo muito genérico, impreciso e inseguro” (*op. cit.*, p. 355). Lerdo de Tejada salienta, em particular, o acórdão do Tribunal Supremo de Espanha, n.º 357/2016, de 1 de junho de 2016 (Ponente: Francisco Xavier Orduña Moreno, disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>) como um exemplo verdadeiramente extremo no que se refe-

A propósito da ideia de “sucessões consumadas”, voltemos, ainda, ao acórdão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 9/2010. Também aqui a ideia de que a sucessão não tinha esgotado a totalidade dos seus efeitos, igualmente devido à existência de uma substituição fideicomissária, foi invocada para daí se retirarem consequências em sede de interpretação do testamento¹⁶. De acordo com o Tribunal Constitucional, embora o testamento tivesse sido outorgado muito antes da data da entrada em vigor da Constituição espanhola (1978), a condição correspondente à substituição fideicomissária só se teria verificado após esse momento. Assim, seria atendendo ao momento da execução da disposição testamentária que a mesma deveria ser interpretada; posição apoiada na jurisprudência do próprio Tribunal Supremo¹⁷. Em conformidade com esta posição, o Tribunal Constitucional entendeu que:

re à aplicação retroativa do princípio constitucional da não discriminação, e que o autor aplaude. No caso, a testadora faleceu em 1966, sem descendentes, ascendentes ou cônjuge, tendo instituído como herdeiro universal o Conselho Provincial de Albacete com o encargo de constituir uma fundação para levar a cabo a construção de um hospital na referida cidade. Perante o incumprimento do encargo, a instituição de herdeiro foi declarada ineficaz, em 2001, pela Audiência Provincial de Albacete, tendo-se, então, procedido à abertura da sucessão intestada a favor dos parentes da testadora. Discutiu-se nas instâncias o problema de saber se poderia beneficiar de direitos sucessórios uma filha natural (não nasceu no contexto do casamento) de um tio da autora da sucessão. À luz da lei em vigor em 1966, esta não poderia beneficiar de direitos sucessórios. No entanto, o Tribunal Supremo entendeu que, visto que se tratava de uma sucessão que ainda não havia esgotado os seus efeitos no momento da entrada em vigor da nova Constituição espanhola, o princípio da não discriminação deveria ser aplicado, sendo reconhecidos os direitos sucessórios à sobrinha da *de cujus*. Tal como acontece em relação ao fideicomissário no fideicomisso, neste caso, o processo sucessório ainda não tinha esgotado os seus efeitos no momento da entrada em vigor da Constituição espanhola. Embora Lerdo de Tejada entenda que o recurso a um conceito de “sucessão já consumada” ou “esgotada” possa dar azo a uma enorme insegurança ao remeter para uma análise casuística, no caso concreto não foram propriamente afetados direitos adquiridos, visto que os herdeiros legítimos não tinham, antes de 2001, qualquer direito, mas somente uma esperança de serem chamados à herança. Acresce que esta solução se encontra em consonância com a jurisprudência do TEDH. Neste sentido o autor invocou o caso *Wolter and Sarfert v. Germany* (n.ºs 59752/13 e 66277/13), de 23 de março de 2017, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/>. e o caso *Fabris c. França* (n.º 16574/08, de 7 de fevereiro de 2013), disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Daqui resulta que o TEDH admite que as suas próprias decisões, no que se refere ao respeito pelo princípio da não discriminação no âmbito sucessório, poderão ser aplicadas retroativamente a sucessões que ainda não se encontrem totalmente “consumadas” ou “esgotadas” (sobre a questão, cfr. Lerdo de Tejada, *op. cit.*, pp. 355 a 363). No fundo, *embora não esteja em causa o respeito pelo princípio da não discriminação no âmbito da autodeterminação sucessória, esta orientação do TEDH seguida pelo Tribunal Supremo espanhol mostra a importância que é hoje dada ao princípio da igualdade no contexto do Direito Sucessório.*

¹⁶ Cfr. o ponto n.º 4 dos “Fundamentos Jurídicos” do acórdão.

¹⁷ Neste sentido, foram invocados os acórdãos de 28 de junho de 2002; de 15 de dezembro de 2005; e de 29 de setembro de 2006. Resulta do artigo 675.º do Código Civil espanhol que: “Toda a disposição testamentária deverá entender-se no sentido literal das suas palavras, a não ser que pareça claramente que foi outra a vontade do testador. Em caso de dúvida, observar-se-á o que pareça mais conforme à intenção do testador, segundo o teor do próprio testamento. O testador não pode proibir que se impugne o testamento nos casos em que haja nulidade resultante da lei”. Na doutrina, bem como na jurisprudência espanhola, é maioritária a tese no sentido de que o

“(...) É legítimo presumir que, a menos que o contrário conste do testamento de forma inequívoca, o testador não pretende introduzir distinções que resultem contrárias aos fundamentos do sistema jurídico vigente no momento em que se cumpre a condição e deverão ser executadas as correspondentes disposições testamentárias (...)”.

Nesta perspectiva, não existiria qualquer aplicação retroativa das disposições constitucionais:

“(...) Mas somente a sujeição e adequação da apreciação do órgão judicial ao regime constitucional em vigor quando a disposição testamentária produz os seus efeitos (...)”.

Tudo se situando no campo de atuação dos órgãos judiciais que devem respeitar a Constituição, e não no campo da determinação da vontade do testador, mesmo que, nesta estranha perspectiva, se vão “atropelando” e “subvertendo” regras sucessórias que resultam da própria lei. Assim, tal como resulta da sentença do TEDH no caso *Pla & Puncernau c. Andorra*, a disposição testamentária deveria ser interpretada tendo em conta as condições do momento da sua execução e não somente a vontade subjetiva do testador, interpretada com base nas condições existentes no momento da feitura do testamento. Ou seja, a meu ver, novamente, a defesa de uma interpretação objetivista atualista do testamento ou algo muito próximo¹⁸.

Para Torres García/García Rubio, embora nenhuma das decisões espanholas mencionadas discuta diretamente o problema da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados, delas parece decorrer que a autodeterminação sucessória fica limitada se contrariar algum preceito constitucional¹⁹.

2.2. Constitucionalização do direito civil brasileiro, testamento e igualdade

Ao ter enormes repercussões em todo o direito civil brasileiro, o processo da sua constitucionalização não poderia deixar ter algumas manifestações

testamento deve ser interpretado tendo em conta o momento em que foi redigido (cfr. Margarida Herrero Oviedo, *op. cit.*, pp 10-11).

¹⁸ Embora resulte claramente da passagem do acórdão transcrita que o Tribunal Constitucional espanhol se situou no campo da vontade conjectural do testador, na minha opinião, já não nos encontramos no campo do subjetivismo, mas do objetivismo. Aquilo que se presume seria a vontade do testador se tivesse tido conhecimento das condições sociais e legais existentes no momento da execução do testamento, após a sua morte, reconduz-se a uma interpretação objetivista do testamento.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 36.

no campo do Direito Sucessório²⁰. Entre os aspetos mais marcantes destaca-se a defesa da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, plasmados na Constituição Federal de 1988, nas relações entre privados, num contexto de diluição das fronteiras entre direito público e direito privado. No Brasil, todo o direito civil passou por um processo de “repersonalização” de acordo com uma conceção “antropocêntrica” do direito privado.

“Em decorrência dessas novas previsões constitucionais e das transformações operadas no plano da hermenêutica constitucional, qualquer interpretação do direito privado passou a exigir, necessariamente, o recurso às lentes da Constituição”²¹.

Na realidade, como salienta Paulo Lôbo:

“Diz-se, com certa dose de exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe”²².

Da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III da Constituição Federal Brasileira) retiram os juristas brasileiros que o legislador constituinte optou por superar o individualismo, colocando a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico.

Apesar de *todo* o direito civil ser agora interpretado à luz das “lentes” da Constituição, aparentemente o Direito Sucessório ficaria fora deste processo, sendo, supostamente, caracterizado por uma função meramente patrimonial e, enquanto tal, estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana. Ao criticar esta perspectiva, Nevaes salienta que:

²⁰ Para uma visão panorâmica sobre a questão, cfr., *ex multis*, Paulo Lôbo, “Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil”, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil> (consultado a 25-10-2019); bem como, Mário Luiz Delgado, *Codificação, descodificação recodificação do direito civil brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pp. 237-244.

²¹ Recorrendo às palavras expressivas de Mário Delgado, *op. cit.*, p. 243.

²² Paulo Lôbo, *op. cit.*, ponto n. 1 (“Aspectos da Constitucionalização do Direito Civil”). Segundo este autor, “a constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenómeno doutrinário que tomou corpo, principalmente a partir da última década do séc. XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais”. Isto, tendo em conta que “a elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo” [*op. cit.*, ponto n.º 2 (“Desenvolvimento do tema no direito brasileiro”)].

“(…) É como se o fenômeno sucessório estivesse alheio a toda evolução do Direito Civil. O testador permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. No entanto, em respeito à hierarquia das fontes e à unidade do ordenamento jurídico, não existem espaços imunes aos reflexos da incidência direta dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana”. Por isso “(…) o testamento parece ser um dos poucos atos de autonomia privada a permanecer estranho ao processo de funcionalização e socialização por que atravessaram todas as tradicionais e fundamentais categorias do Direito Privado, como o contrato e a propriedade”²³.

Trata-se de uma crítica que, como a própria autora refere, foi realizada na doutrina italiana por Scalisi²⁴.

Na sua dissertação de doutoramento, Nevares analisou o fenômeno sucessório à luz dos valores constitucionais, em particular no que diz respeito à sucessão testamentária²⁵. Refere a autora o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 26 de fevereiro de 2002, em que o problema da admissibilidade de uma discriminação no que se refere aos sucessores nomeados quanto à quota disponível, foi analisado²⁶. De acordo com a cláusula testamentária em causa, certos bens deveriam ser atribuídos unicamente aos “filhos legítimos” do neto do testador, nomeadamente, aos que viessem a nascer. O neto referido, que beneficiava de um usufruto vitalício sobre os bens em causa, teve um filho na constância do matrimónio, ao que sobrevieram mais dois filhos, depois de este se ter separado de facto, e numa relação que não era matrimonial. Aquando da feitura do testamento, em 1975, o primeiro filho do neto do testador já era nascido. Quando o testador morreu, o segundo filho do seu neto já tinha nascido e o terceiro filho deste nasceu somente após a abertura da sucessão.

²³ Cfr. Ana Luíza Maia Nevares, *A função promocional do testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 10.

²⁴ Vincenzo Scalisi, “Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto”, *RTDPC*, anno XLIII, 1989, p. 387 e ss, em particular, pp. 388 a 390, 406 e 407. De facto, também este autor afirma que, aparentemente, a pessoa humana, enquanto tal, não é considerada no âmbito da vocação sucessória legal, visto que esta se centra num plano fundamentalmente patrimonial, em que se procura resolver o problema jurídico resultante da morte do titular de um património. Por outro lado, a própria proteção da família é encarada numa perspetiva meramente abstrata, sendo os seus membros protegidos devido ao *status* que resulta da sua pertença a esse grupo e não atendendo às suas reais necessidades. Neste contexto, a regulamentação sucessória opera com base numa regra abstrata de paridade, que nem sempre permite assegurar uma igualdade concreta entre os sucessores, acabando uns por ser “mais iguais do que outros”.

²⁵ *Op. cit.*, p. 12.

²⁶ STJ, 4.^a turma, REsp n.º 203137/PR, Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, 26 de fevereiro de 2002, *DJ* de 12 de agosto de 2002, p. 214 (disponível em: www.stj.jus.br).

Como refere Nevares, tratava-se de saber se a cláusula testamentária abrangia unicamente os filhos concebidos na constância do matrimónio, ou se a expressão "filhos legítimos" teria sido utilizada no sentido de "filhos próprios, verdadeiros, autênticos e genuínos"²⁷. Embora a questão tenha sido discutida fundamentalmente no campo da interpretação do testamento, quase sem referência aos princípios constitucionais, numa posição diferente, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar entendeu que não estava em causa a interpretação do testamento, mas o problema de saber se a disposição testamentária em causa era compatível com a Constituição Federal, que já não admite distinções entre filhos legítimos e ilegítimos. Na realidade, visto que a intenção do testador seria claramente discriminatória, a mesma seria ilícita, porque contrária à Constituição.

Para Nevares, o testamento é caracterizado por uma absoluta liberdade, pelo que não podem existir restrições no que se refere à escolha individual que este representa, assim como tais limites não existem para a escolha dos beneficiários de uma liberalidade em vida. Isto porque se "trata de uma escolha que é oriunda dos mais íntimos sentimentos das pessoas e não pode ser, portanto, valorada"²⁸.

Entende, ainda, que, em alguns casos, não havendo propriamente um problema de ilicitude da disposição testamentária, a mesma não é merecedora de tutela na ordem jurídica, em particular atendendo aos interesses daqueles que recolhem bens da herança, que também devem ser tidos em conta na execução do testamento. *Aparentemente, a autora entende que o princípio da não discriminação, por si só, não constitui um limite à liberdade de testar; mas, acrescenta, diferente será o caso em que o testador justifica a sua escolha*²⁹. De qualquer forma, a pergunta permanece: e se o testador se limitar a discriminar sem justificar a sua escolha no testamento? Que limite existe então?

A este propósito, ainda na doutrina brasileira, Paulo Lobo afirma que:

²⁷ *Op. cit.*, pp. 226-227.

²⁸ *Op. cit.*, p. 230.

²⁹ Aponta o exemplo de uma disposição testamentária nos termos da qual, após a abertura da sucessão, as escolas pertencentes à empresa de que a testadora era parte deveriam cessar as suas atividades. Estaria em causa um conflito entre a autonomia privada da testadora e o interesse dos sucessores em realizar o objetivo de busca pelo pleno emprego (artigo 180, VIII da Constituição Federal), preservando-se as relações laborais, e ainda o interesse no fomento da educação (artigo 205.º da Constituição Federal). Para Nevares, neste caso, deveria ser privilegiada a solidariedade familiar, ainda que em detrimento da autonomia privada, de forma a respeitar os objetivos constitucionais do pleno emprego e do fomento da educação. Apesar de lícita, a disposição testamentária não seria digna de tutela, pois não visava a realização de qualquer valor positivo no ordenamento jurídico (*op. cit.*, pp. 230-235). Nesta posição, Nevares invoca a lição de Maria Nazareth Lobato Guimarães, no sentido de que o fenómeno sucessório não se deve centrar na pessoa do *de cuius*, mas considerar igualmente os interesses dos seus sucessores, como veremos adiante (cfr. o ponto n.º 2 da Parte II).

“O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro. Assim, a afirmação corrente de ser a vontade do testador o critério fundamental de interpretação do testamento perdeu consistência. A vontade do testador é levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia constitucional do direito dos herdeiros (legítimos e testamentários) e deve estar em conformidade com esse e os demais princípios constitucionais, notadamente o da função social do testamento e o da dignidade da pessoa humana”³⁰.

Isto porque:

“A Constituição de 1988 consolidou radicalmente a mudança de paradigma do conceito individualista e liberal das titularidades, como senhorio intocável sobre as coisas, para a subordinação daquelas à função social. Consequentemente, na atualidade, o direito das sucessões está também orientado à função social. A mudança de paradigma impõe consideração prioritária ao interesse social, inclusive quanto ao direito à herança e à redução do papel da vontade do testador”³¹.

Neste enquadramento doutrinal, e na sequência destas ideias, numa decisão recente, de 16 de julho de 2018, o juiz da 1.^a instância de Guaxupé, Milton Biagioni Furquim, determinou que duas netas da testadora, que não tinham sido por esta contempladas, deveriam receber uma parte da sua herança, contrariando claramente a vontade da testadora, que somente tinha contemplado os restantes netos (legítimos). Estava em causa um património de 35 milhões de reais³². Logo no início da análise do mérito da questão, o referido juiz afirma que:

“A última vontade da testadora, assim como todos os atos jurídicos, de esfera pública ou particular, devem ser compatíveis com os instrumentos normativos de hierarquia superior, podendo sofrer controle de legalidade, supra legalidade, e/ou constitucionalidade”.

Estaria em causa o facto de as requerentes terem sido discriminadas em função do relacionamento não marital do seu pai, motivo pelo qual não teriam sido contempladas no testamento da sua avó paterna. Para Furquim:

“O grande cerne da discussão encontra-se no direito da testadora de poder dispor livre e incondicionalmente, de sua parte disponível, art. 1846.º do Código Civil,

³⁰ Paulo Lôbo, “Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira” (no ponto: “Limites à liberdade de testar”) (o itálico é meu). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/> (consultado a 25 de outubro de 2019).

³¹ Paulo Lobo, “Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira” (no ponto: “Direitos dos herdeiros ou liberdade de testar?”) (o itálico é meu).

³² Cfr. a notícia em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>. A decisão encontra-se disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf> (consultado a 25 de outubro de 2019).

ou se existe a limitação de seu direito por Normas Constitucionais e Legais, conforme afirmado na peça vestibular.

Pois bem. A Constituição Federal aboliu toda diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos ou adotados, sem qualquer ressalva de situações preexistentes. Todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e igualdade de condições, inclusive quanto a direitos sucessórios”.

A este propósito, Furquim invocou o artigo 227.º, § 6 da Constituição Federal que veda a discriminação em função da filiação³³. O preceito seria aplicável, por extensão, a uma discriminação dos netos. Na realidade:

“(…) Tivesse a testadora aquinhoado terceiros, ou apenas um ou dois entre seus tantos netos, nem se poderia cogitar na aplicação da tese da discriminação, pois então a escolha estaria despida da discriminação de que se cogita na espécie.

(…) O que se indaga, portanto, é se pode ser considerada moral e juridicamente válida disposição testamentária eivada dessa discriminação vedada pela nova ordem constitucional. Isso porque tal disposição testamentária contempla uns netos (no total de cinco), em detrimento de outras (as duas autoras), sabendo-se que a única distinção entre todos eles repousa no fato de que, aqueles, são fruto do casamento das filhas-mulheres da testadora, enquanto estas, são fruto de relação não matrimonial havida, pelo único filho-homem de testadora, com duas distintas pessoas”.

A discriminação seria, assim, clara para Furquim, como resulta das seguintes palavras:

“Chama atenção o fato de a disposição testamentária contemplar exatamente os cinco netos (que são filhos das filhas havidos da relação de casamento) e, ao mesmo tempo, de forma indisfarçavelmente discriminatória, não contemplar as outras duas netas (que são filhas do filho, não havidas de relação de casamento). A defesa do testamento chega a cogitar de que questões do foro íntimo – sem as especificar ou as identificar – com as quais, supostamente, teria se pautado a testadora para excluir duas de suas netas, exatamente, as únicas duas havidas fora do casamento” (o itálico é meu).

³³ “Artigo 227.º - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6.º *Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*” (o itálico é meu).

Atendendo a esta intenção discriminatória da testadora Furquim invoca o instituto do abuso de direito, concluindo que:

“No caso, o ato de discriminar uns netos dos outros, dentro da potestatividade ínsita do testador quanto à «parte disponível», encerra discriminação inconstitucional que se equipara ao próprio abuso de direito.

(...) Nessas condições, é forçoso reconhecer o propósito discriminatório do testamento, em afronta ao disposto na nova ordem constitucional que não mais admite discriminação entre os filhos dos filhos, qualquer que seja a sua origem. Resta dizer que a discriminação inserida no testamento da avó paterna, de que são vítimas as Autoras, além de contaminar a essência da igualdade familiar entre os filhos e, no caso, entre os netos, acarretará discrepância ainda maior, quando se observa a extraordinária magnitude do património legado.

No seio da mesma família, por força da discriminação imposta, um verdadeiro abismo se formará entre os primos, uns milionários, e outras em petição de miséria. Situação que atenta contra a dignidade da pessoa humana, fere os princípios da igualdade, da lealdade e da eticidade, e os princípios constitucionais implícitos, da razoabilidade e proporcionalidade, desvirtua o instituto do testamento para, através dele, dar vazão aos chamados planejamentos sucessórios, que, em verdade, são instrumentos de perseguição e da discriminação que a ordem jurídica não mais tolera, contrariando os bons costumes e, de resto, aniquilando a harmonia familiar”.

Neste sentido, para Furquim a liberdade de testar no limite da quota disponível não é incondicional, encontrando-se limitada pelas normas constitucionais. Na sequência desta fundamentação, o juiz Furquim determinou que a herança fosse distribuída pelos sete netos da testadora, incluindo as duas netas que teriam sido alvo de discriminação.

3. Crítica às posições jurisprudenciais mencionadas

3.1 No que se refere à jurisprudência do TEDH e dos Tribunais espanhóis no âmbito da substituição fideicomissária si sine liberis decesserit

Os exemplos jurisprudenciais até aqui mencionados serviram para ilustrar o problema que me ocupa nestas páginas. No entanto, como veremos, os mesmos foram objeto de enormes críticas, que resultam, desde logo, dos votos de vencido nos diversos acórdãos mencionados.

No caso *Pla & Puncernau c. Andorra*, antes de recorrer ao TEDH, os demandantes recorreram ao Tribunal Constitucional andorrano por entenderem que a decisão do Tribunal Superior de Justiça violava os artigos 13.º § 3 (princípio da igualdade das crianças perante a lei independentemente da sua filiação) e 10.º da Constituição andorrana. No entanto, adotando a perspetiva que me parece ser a única correta, o Tribunal Constitucional concluiu que não estava em causa nenhuma violação da Constituição, pois, se existia uma discriminação, a mesma não resultava de um ato do Tribunal Superior de Justiça, mas da vontade da própria testadora, no exercício da sua liberdade de testar. Trata-se de ideias que tiveram eco nos votos de vencido dos juízes Nicolas Bratza e Garlicki. Para o primeiro dos juízes mencionados, aparentemente, os juízes do TEDH pretenderam fazer prevalecer a sua opinião sobre a interpretação mais correta do testamento, que seria aquela realizada em maior conformidade com a CEDH, partindo do pressuposto de que, em caso de dúvida, os tribunais nacionais deveriam interpretar os testamentos também dessa forma. Uma autêntica interpretação *ad gustum*, por assim dizer³⁴.

O caso *Pla & Puncernau c. Andorra* coloca na ordem do dia o problema de saber até que ponto os Estados têm legitimidade para interferir em questões que respeitam à autonomia privada, como salientam Arroyo e Amayuelas/Bondía García³⁵. Isto acontece, em particular, quando, na fundamentação das suas decisões, os tribunais recorrem aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, estando em causa a interpretação de atos de autonomia privada. Aqui, há sempre o risco de os órgãos judiciais excederem o seu papel, pondo em causa orientações legislativas que resultam de opções tomadas pelos organismos representativos eleitos numa sociedade democrática.

Ao criticarem a decisão em causa, as mesmas autoras salientam que o TEDH ignorou as regras de direito privado, no que se refere à interpretação do testamento e procedendo à aplicação das regras da CEDH numa relação que é estritamente de direito privado. Na realidade, como referiu o Tribunal Constitucional andorrano, uma coisa é interpretar a vontade eventualmente discriminatória da testadora e outra é considerar que essa discriminação é imputável ao juiz, ao realizar tal interpretação³⁶. Apesar de os Estados e as autoridades públicas se encontrarem sujeitos a determinados limites que resultam da própria

³⁴ Utilizando a feliz expressão de Fernando Carol Rosés, cfr. "Reflexiones sobre la libertad de testar y la STEDH de 13 julio de 2004", *Revista de Derecho UNED*, n.º 12, 2013, pp. 129-157, em particular, p. 146.

³⁵ Esther Arroyo i Amayuelas/David Bondía García, "Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 julio de 2004)", *Derecho Privado y Constitución*, 18, 2004, pp. 7-87, em particular, p. 60.

³⁶ Arroyo i Amayuelas/Bondía García, *op. cit.*, p. 87. Na realidade, o juiz Garlicki salientou que o caso *Pla & Puncernau c. Andorra* implicaria uma resposta à questão (que o TEDH evitou) de

Constituição, isso não significa que tais limites se estendam aos particulares. Por isso, a interpretação do testamento deve ser realizada tendo em conta a vontade do testador *no momento da feitura do testamento*, ainda que o resultado de tal interpretação se afigure contrário ao princípio da igualdade em matéria de filiação, estabelecido no direito vigente no momento da abertura da sucessão. Aliás, mesmo que tal princípio já tivesse consagração constitucional no momento da realização do testamento, o testador é sempre livre de o ignorar, visto que a quota disponível se traduz, para ele, num campo de liberdade; liberdade condicionada pelos limites estabelecidos no sistema sucessório (“intrassistêmicos”), mas, ainda assim, âmbito de liberdade³⁷. Aliás, *testamento significa, precisamente, desigualdade*, como salientou o Governo andorrano nas suas alegações, bem como os juizes Bratza e Garlicki nos seus votos de vencido.

Os efeitos da decisão do TEDH no caso mencionado são pouco tranquilizadores, visto que geram insegurança no campo sucessório, por abrirem as portas a que os testamentos sejam questionados pelos tribunais com uma amplitude que ultrapassa bastante aquela que foi inicialmente pensada pelo legislador. Por outro lado, ficam claros os riscos de procurar decisões supostamente mais justas, mas com prejuízo de aplicação das regras jurídicas que resultam de uma escolha do legislador democraticamente eleito: os tribunais podem pôr em causa a sua própria legitimidade³⁸.

Quando a questão é colocada na sua real dimensão, todas as dúvidas deixam de ser possíveis:

“Chegados aqui e tendo em conta que os nossos notários são simultaneamente funcionários públicos e profissionais do Direito, também nos podemos questionar até que ponto um notário deve negar-se a autorizar um testamento em que se discrimine uma determinada categoria de filhos. Claro que, como geralmente, a sucessão testada suscita algum tipo de discriminação, o resultado seria que um notário não pode autorizar testamentos que, por exemplo, não igualem todos os filhos. Conclusão absurda sob qualquer perspetiva. Seria um torpedo contra a linha de flutuação da sucessão testada”³⁹.

saber se a CEDH goza de “efeito horizontal”, ou seja, se a mesma impede os próprios particulares de agir num sentido que se traduza numa interferência com os direitos e liberdades.

³⁷ No mesmo sentido, ao analisar o acórdão no caso *Pla & Puncernau c. Andorra*, cfr. Arroyo i Amayuelas/Bondia Garcia, *op. cit.*, pp. 50-51; Olha Cherednychenko “Towards the Control of the Private Acts by the European Court of Human Rights?”, *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 13, 2006, pp. 195-218, em particular, p. 216; Richard S. Kay, “The European Convention on Human Rights and the control of private law”, *European Human Rights Law Review*, 2005, 5, pp. 466-479, em particular, p. 471; e Fernando Carol Rosés, *op. cit.*, p. 147.

³⁸ Neste sentido, cfr. Richard S. Kay, *op. cit.*, p. 479.

³⁹ Nas palavras de Fernando Carol Rosés, *op. cit.*, p. 155.

As críticas que se podem tecer ao acórdão do TEDH são igualmente adequadas no que se refere ao acórdão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 9/2010, de 27 de abril de 2010, igualmente referida. Por isso, também esta decisão é criticável por esquecer que, na interpretação do testamento, se procura determinar a vontade do testador. Se tal vontade for clara, ainda que discriminatória, a mesma deve vingar⁴⁰. *É a inversão de perspectiva que é clara nestas decisões, imputando a discriminação em causa aos órgãos judiciais e não ao testador, que permite sustentar a conclusão em causa, como se isso não implicasse uma interpretação objetivista do testamento, uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma aplicação retroativa da própria Constituição espanhola, etc.*

Mas, faça-se luz... Pois, quando a questão é vista da única forma correta, a meu ver, as dúvidas, de facto, dissipam-se! No seu voto de vencido nesta decisão, o juiz Jorge Rodríguez-Zapata Pérez discordou da decisão do Tribunal Constitucional com base na ideia, que me parece óbvia, de que “ninguém tem direito a uma liberalidade”, o que significa que as disposições constitucionais relativas à proibição de discriminação (artigo 14.º) não se aplicam aos atos de liberalidade *inter vivos* e *mortis causa*. A liberdade de testar, amplamente reconhecida no direito espanhol, implica que o testador possa deixar os seus bens como entender, sem ter de justificar a sua decisão. No caso concreto, tanto a conclusão no sentido da inclusão dos filhos adotivos como beneficiários da disposição testamentária, quanto a conclusão contrária, seriam válidas numa perspetiva constitucional e conformes ao exercício da liberdade de testar.

Na minha opinião, e como referi logo no início deste estudo, é, precisamente, numa perspetiva “intersistemática” que o problema em causa deve ser analisado. Quando procuramos determinar a admissibilidade de disposições testamentárias “estranhas, injustas, caprichosas ou mesmo absurdas”, podemos encontrar duas ordens de limites: a) os que resultam dos princípios gerais do sistema (v.g. igualdade, não discriminação, dignidade da pessoa humana, etc.); b) os que resultam das próprias regras previstas no sistema sucessório. Como tenho vindo a criticar até aqui, o recurso aos princípios contribui para um protagonismo judicial que é muitíssimo discutível num campo em que deve prevalecer a vontade do testador – a interpretação do seu testamento – pondo em causa o próprio jogo democrático, e *implica um aumento da insegurança jurídica*, atendendo ao carácter vago e indeterminado dos mesmos princípios. Se tais regras sucessórias *ad hoc* não foram consideradas inconstitucionais por quem tem competência para o fazer, não é necessário recorrer à aplicação horizontal dos direitos fundamentais, nem à sua ponderação, para determinar se um testamento que procede à discriminação no contexto da determinação dos beneficiários

⁴⁰ Neste sentido, cfr. Margarita Herrero Oviedo, *op. cit.*, p. 7.

das atribuições é ou não admissível⁴¹. E, ainda que se admitisse, em tese geral, a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais – aspeto sobre o qual tenho dúvidas –, no campo da liberdade de disposição por morte, o entendimento teria de ser diverso, visto que ninguém tem direito a receber uma liberalidade, como salientou Rodríguez-Zapata Pérez no seu voto de vencido já mencionado⁴²⁻⁴³.

⁴¹ No mesmo sentido, cfr. Torres García/García Rubio, *op. cit.*, pp. 91-93 e 112. São ainda destas autoras as palavras colocadas entre aspas. Conforme já ensinava Luiz da Cunha Gonçalves, “(...) o juiz para interpretar o testamento, não pode guiar-se pelo seu critério pessoal, mas deve investigar a vontade do testador, e fazê-la prevalecer, por mais desagradável e injusta que ela lhe pareça” (cfr. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p. 637). Neste sentido, devemos ater-nos aos limites que o próprio sistema sucessório coloca a essa vontade evitando o campo “pantanosos” dos princípios gerais do sistema.

⁴² Neste sentido, para Herrero Oviedo a maioria das situações em que se discute a eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais reconduz-se a situações de confronto entre direitos fundamentais. Tal como a proibição de discriminação resulta da Constituição espanhola, também a liberdade de disposição por morte é protegida pelo artigo 33.º (que reconhece o direito à propriedade privada e à herança) e pelo artigo 10.º/1 (que se reporta ao livre desenvolvimento da personalidade). Por isso, a questão será a de saber, no confronto entre igualdade e liberdade de dispor *mortis causa*, qual deve prevalecer. Embora esta autora reconheça que gera insegurança jurídica deixar a ponderação de tal conflito a cargo do juiz no caso concreto, tal valorção não pode ser realizada *a priori* pelo legislador. Na realidade, ainda que o legislador recorresse a parâmetros suficientemente amplos para deixar ao juiz a possibilidade de os adequar ao caso concreto, este tipo de técnica legislativa não resolveria o conflito. Por outro lado, é necessário ter em conta que a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais admite graduações, visto que depende do direito em causa. A liberdade de disposição por morte foi erigida como “pedra angular” do Direito Privado e surge como um dogma “praticamente intocável”. Para Herrero Oviedo, ainda que se tenha verificado uma superação do modelo individualista, no que se refere à autonomia privada, tal mudança afetou em particular a liberdade contratual, em que estão envolvidas terceiras pessoas com direitos subjetivos. Pelo contrário, encontrando-se ligada ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de disposição por morte constitui um campo de liberdade plena. Faria sentido entender que, se o testador deixar um legado em benefício da Igreja Católica, estaria a discriminar as comunidades de confissão muçulmana, questiona-se Herrero Oviedo. *Por isso, embora o princípio da não discriminação possa limitar a liberdade contratual, o mesmo não acontece quanto à liberdade de disposição por morte, que permite conceder benefícios a pessoas que não têm qualquer direito a eles* (*op. cit.*, pp. 20-30).

⁴³ Na doutrina portuguesa, a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi fortemente criticada por Jorge Reis Novais, numa recente monografia sobre a questão (cfr. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2018). Entre as diversas críticas apontadas por este autor encontra-se a ideia de que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares implicaria que todas as decisões suscitariam problemas de constitucionalidade, por aplicarem normas constitucionais, sendo recorriáveis para o Tribunal Constitucional, que se tornaria um tribunal de recurso ordinário das decisões de tribunais comuns. Os direitos fundamentais ficariam, desta forma, banalizados, e o Direito Constitucional acabaria por “engolir” os outros ramos do direito. Outro aspeto digno de ponderação reside no facto de a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares implicar uma distorção ao princípio da separação de poderes, conferindo ao juiz um enorme protagonismo e margem de liberdade, visto que este poderia sempre invocar os direitos fundamen-

Segundo Torres García/García Rubio, a História do Direito mostra como os tribunais têm tendência para julgar as disposições testamentárias com base em critérios extrajurídicos de decoro, correção e moralidade e negar o seu apoio a testamentos que se desviam das pautas sociais dominantes. Exemplo deste aspeto, na atualidade, é a decisão do juiz de 1.ª instância de Guaxupé, que será objeto de crítica no ponto seguinte.

3.2 No que se refere à constitucionalização do direito civil brasileiro e aos seus reflexos no Direito Sucessório

A constitucionalização do direito privado brasileiro é uma realidade inegável. As críticas que já foram apontadas a uma opção pela procura de limites “extrassistémicos” à autodeterminação sucessória valem igualmente para o direito brasileiro, atendendo à insegurança e “distorção” das regras do jogo democrático que tal opção implica. No entanto, é igualmente de apontar alguma incompreensão europeia no que se refere à realidade brasileira, pois, nesta, o ativismo judicial é motivado pelos défices de realização dos direitos fundamentais por parte do legislador ou do seu atraso constante em atender às realidades sociais mais prementes⁴⁴. Recorde-se, no entanto, que esta não é exatamente a realidade na ordem jurídica portuguesa.

Particularmente interessante é a decisão do tribunal de 1.ª instância de Guaxupé, de que transcrevi diversas passagens e que mereceu uma crítica certa por parte de José Fernando Simão⁴⁵. A todos os títulos é adequada a identificação de um novo tipo de testamento: o testamento “magistral”, ou seja, realizado por um magistrado...

Para Fernando Simão, o juiz Milton Biagioni Furquim invocou o princípio da dignidade da pessoa humana com um total vazio axiológico, tratando-se do princípio mais invocado pelos juízes quando a razão não lhes assiste e também quando decidem *contra legem*⁴⁶. Visa-se proteger a igualdade dos filhos,

tais para sustentar as suas decisões, escapando assim aos limites legalmente impostos ao poder judicial. Em suma, para Reis Novais, o ponto de partida deve ser o de que, se a lei ordinária não regula determinada situação, aí se aplicará o princípio da liberdade (*op. cit.*, pp. 13, 29, 95-96, 103, 105, 126-127, 133 e 183-184).

⁴⁴ Como aponta Reis Novais, *op. cit.*, pp. 45-46, 204-205 e 314.

⁴⁵ Cfr. José Fernando Simão, “O testamento magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 1); disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>; *id.*, “O testamento magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2); disponível em: <https://cnbmg.org.br/conjur-o-testamento-magistral-uma-nova-figura-criada-em-guaxupe-parte-2-por-jose-fernando-simao/> (ambos os sítios da internet foram consultados a 30 de outubro de 2019).

⁴⁶ Cfr. José Fernando Simão, “O testamento magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 1), ponto 2.1. (“Dignidade da pessoa humana e direito à honra”).

neste caso aplicada aos netos, mas ignora-se que o direito privado é norteado pela vontade que, tem por base a liberdade, e, embora a liberdade de testar não seja absoluta, devido à existência da sucessão necessária, não deixa de ser um valor importante. Por isso, o juiz Furquim esqueceu que a liberdade de disposição por morte é uma regra basilar do Direito Sucessório e que o testador tem autonomia plena no que se refere à sua quota disponível.

Assim, Fernando Simão aponta diversos exemplos bastante ilustrativos dos resultados extremos a que levaria a tese sufragada pelo magistrado de Guaxupé: a) se a quota disponível fosse atribuída a um filho do sexo masculino e não a uma filha, haveria nulidade da deixa por sexismo; b) se a mesma quota fosse atribuída em favor de um amigo caucasiano e não de um amigo negro, haveria nulidade da deixa por racismo; c) se a quota disponível fosse atribuída em favor de um amigo homossexual e não de um amigo heterossexual, a deixa seria nula por homofobia; d) a deixa da quota disponível em favor de um filho maior e não de uma filha menor seria nula, por sexismo e por despreteger o incapaz. Seria, em suma, a morte da liberdade de testar⁴⁷.

Como absurdo resultante desta decisão, é ainda apontado que a testadora poderia ter beneficiado um clube de futebol ou somente um dos netos, mas, porque contemplou cinco netos, que nasceram na constância do matrimônio, já existiria discriminação. Por outro lado, o magistrado surge dotado de poderes divinatórios, ao afirmar que a única razão da disposição realizada pela testadora seria o facto de uns netos serem fruto de uma relação matrimonial e outros não. Realmente, é caso para perguntar:

“Como pode o magistrado afirmar que a vontade da testadora decorre dessa «única distinção»? Convivia o magistrado com a família? Conhecia as relações afetivas e pessoais? E, se as conhecesse, poderia julgar com base nesse conhecimento ou deveria se ater às provas dos autos?”⁴⁸.

Ou seja, não poderia Furquim atribuir relevância aos motivos subjacentes à disposição testamentária, por estes não resultarem do próprio testamento.

Finalmente, foi igualmente errada a conclusão de que as netas excluídas do testamento deveriam ser incluídas na partilha, tendo em conta que, se a conclusão fosse no sentido da nulidade do testamento, deveriam ter sido chamados os sucessíveis legítimos, nos termos do artigo 1788.º CCB. Pelo contrário, num

⁴⁷ Cfr. José Fernando Simão, “O testamento magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2), ponto 2.2. (“A igualdade dos filhos e a inexistente discriminação”).

⁴⁸ Cfr. José Fernando Simão, *id.*, *ibid.*

verdadeiro testamento “a quatro mãos”, o magistrado substituiu a testadora, manifestando a sua própria vontade. Surge assim o “testamento magistral”⁴⁹!

Em suma, a decisão do tribunal de 1.^a instância de Guaxupé surge, de facto, como um excelente exemplo da tendência dos tribunais para negar o seu apoio a testamentos que lhes pareçam injustos ou que se afastam das pautas sociais dominantes.

II. A relevância “intrassistémica” do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória

1. Considerandos gerais

Conforme já referi, a postura seguida pelo TEDH e pelos tribunais espanhóis nos acórdãos referidos pautou-se por uma inversão lógica, ao imputar aos órgãos judiciais uma discriminação que foi realizada (legitimamente) pelo testador. Deste modo, evitaram ter de se pronunciar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, previstos na Constituição e na CEDH, no âmbito das relações entre os particulares. *De facto, tenho dúvidas acerca de tal eficácia, parecendo-me mais seguro o entendimento de que esses direitos somente relevam de uma forma mediata, através dos institutos típicos do direito privado, como sejam as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados*⁵⁰. Mesmo que haja situações que não se encontram reguladas, não sendo possível recorrer às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, esta parece-me a opção mais avisada⁵¹. Ao abrir as portas para uma intervenção judicial “substituta” da ativi-

⁴⁹ Cfr. José Fernando Simão, “O testamento magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2), ponto 3. (“A conclusão do julgado. Novamente uma falácia lógica”).

⁵⁰ Neste sentido é expressiva a posição de um civilista ilustre como António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português, I – Parte Geral*, Tomo I, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 374-381.

⁵¹ Em sentido contrário, Reis Novais rejeita a tese da eficácia mediata, na medida em que os tribunais devem poder agir para garantir o acesso individual aos bens constitucionalmente protegidos, mesmo nas relações privadas, se não existir uma cláusula geral ou um conceito indeterminado em que se possam apoiar. Tal intervenção somente se deve verificar como solução de último recurso, quando não haja lei que permita resolver a situação, e o preenchimento das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, ou a interpretação realizada em conformidade com a Constituição não se afigurem suficientes. Reconhece este autor, no entanto, que a maior dificuldade com que se depara esta tese, designada “tese dos deveres de proteção”, é a definição dos limites da função do juiz nas situações em que falta a proteção que deveria resultar da atividade legislativa (*op. cit.*, pp. 35-36, 47-49, 55-56, 67, 69, 72-73, 188-189).

dade do legislador, deparamo-nos sempre com o risco da insegurança jurídica e da subversão das regras democráticas, que me parece dever evitar-se.

Eis-me, finalmente, chegado ao cerne da questão: *no plano estritamente sucessório, em que medida o princípio da igualdade (não discriminação) pode surgir como um limite à liberdade de disposição por morte?* Já vários aspetos foram sendo referidos:

- a a possibilidade de tal relevância se verificar através da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados presentes nas normas sucessórias;
- b a possibilidade de uma interpretação objetiva do testamento, realizada em conformidade com o princípio constitucional da igualdade;
- c a possibilidade de atender ao princípio constitucional da igualdade em sede de integração de lacunas.

Procederei, de seguida, a uma análise dos diversos caminhos indicados, sendo certo que somente o primeiro de entre eles me parece viável. De qualquer forma, isso não dispensa uma análise mais pormenorizada dos restantes dois, pelos quais começarei.

2. A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória através de uma interpretação objetivista e atualista do testamento: da sucessão *na pessoa* à sucessão *nos bens*

De acordo com o fio condutor que tenho seguido ao longo deste estudo, não faz sentido limitar a autodeterminação sucessória recorrendo ao princípio da igualdade, pondo, dessa forma, em causa o espaço de liberdade sucessória tal como demarcado pelo legislador democraticamente eleito. E se, de facto, o propósito for realizar uma interpretação objetivista e atualista do testamento, interpretando-o à luz de princípios constitucionais e de um enquadramento legal que não existia no momento da sua feitura seria, ao menos, necessário conferir a essa solução uma fundamentação teórica consistente, que passaria por destronar o *de cuius* do centro do fenómeno sucessório: uma passagem da sucessão *na pessoa*, para uma sucessão centrada na transmissão *dos bens*, portanto.

Já tive oportunidade de salientar, noutra contexto, que me parece discutível que todo o fenómeno sucessório se deva centrar na pessoa do autor da sucessão, atendendo, nomeadamente, à existência de pactos sucessórios institutivos

no direito português, bem como de institutos parassucedórios⁵². De qualquer forma, embora retire daqui consequências no que se refere à imputação de liberalidades feitas a sucessíveis legitimários, nunca sustentei que a interpretação do testamento devesse ser feita em moldes objetivistas e até atualistas⁵³. No entanto, alguém o fez, com voz sonora e autorizada, na nossa doutrina: refiro-me a Maria Nazareth Lobato Guimarães, que sustentou uma tese que poderia, talvez, servir de suporte à ideia de uma interpretação objetivista do testamento e em conformidade com a Constituição ou com a CEDH. São as ideias desta brilhante civilista que vou aqui recordar, visto que “assentam que nem uma luva” na problemática em discussão nestas linhas.

O ponto de partida desta tese é a convicção de *o Direito Sucessório regula interesses e relações entre vivos*, não visando garantir a ninguém qualquer forma de sobrevivência. Visa-se, assim repor a normalidade nas relações jurídicas patrimoniais perturbadas pela morte de um sujeito⁵⁴⁻⁵⁵. Esta ideia alicerça-se no facto de os herdeiros poderem assumir, fruto da sucessão, efeitos que se podem traduzir num empenhamento da sua parte, nomeadamente, no que se refere à sua importância na administração e liquidação da herança; por isso, a posição destes no fenómeno sucessório não pode mais ser ignorada. Por outro lado, na própria sucessão testamentária os sucessíveis podem assumir obrigações.

Trata-se de uma visão tem reflexos diretos na forma de interpretar o testamento, visto que os seus destinatários têm de ter possibilidades “normais” de acesso à norma, como se o testamento fosse um regulamento que o testador quis criar, mas somente relevante enquanto captável pelos seus sucessores⁵⁶. À se-

⁵² Cfr. Daniel Morais, “Os institutos parassucedórios e a sua relevância para o Direito Sucessório”, António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 245-271.

⁵³ No que se refere à matéria da imputação, cfr. Daniel Morais, “O problema da imputação de liberalidades na sucessão legitimária revisitado à luz dos limites da interpretação jurídica: Recusa de uma «teoria pura do direito sucessório»”, in António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro (org.), *Estudos em Homenagem a Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 41-66.

⁵⁴ Maria Nazareth Lobato Guimarães, “Testamento e autonomia”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XVIII, 1971, pp. 1-109, em particular, pp. 4 e 5.

⁵⁵ Nas seguintes palavras de Lobato Guimarães se espelha esta visão do fenómeno sucessório: “A sucessão não se identifica com aquele linear «efeito sucessório» (de subingresso, ou mera substituição na titularidade de uma relação pelo mais fundamentalmente intocada) de que tanto se tem abusado. A sucessão é, hoje, fenómeno extremamente complexo, *vicenda* de superação de crise, com um desenrolar lógico e cronológico em termos de *procedimento*, e que desembocará em efeitos que raramente, ou nunca, terão a *unidade* e a *pureza* daquilo que se define habitualmente como «efeito sucessório»” (*op. cit.*, pp. 15-16).

⁵⁶ Como refere João Menezes Leitão, as orientações objetivistas e subjetivistas em matéria de interpretação do testamento correspondem a dois grandes princípios que subjazem ao regime jurídico

melhança do que acontece nas cláusulas contratuais gerais, o testamento é visto como um hetero-regulamento⁵⁷. Deve, por isso, ser interpretado de modo objetivista e não subjetivista, embora esta tese seja claramente apresentada numa perspetiva *de iure condendo*⁵⁸.

Nem mesmo a irrepetibilidade do testamento pode justificar a opção pelo subjetivismo em matéria de interpretação. Nesta perspetiva, o formalismo do testamento visa, não só garantir que o testamento representa, de facto, a vontade do testador, mas igualmente, “firmar um regulamento que vai aplicar-se a quem não colaborou na sua elaboração”⁵⁹.

As exigências sócio-económico-jurídicas impõem que o fenómeno sucessório seja visto como “problema de bens e não de titulares”⁶⁰. A ideia de uma sucessão *na pessoa*, oriunda do direito romano, foi ditada pelas necessidades de assegurar a continuidade das funções de cariz fundamentalmente religioso do falecido, num contexto em que estes elementos ditavam toda a vida social. Daqui surgiu a conceção, qualificada por Lobato Guimarães como “intoleravelmente ingénuo”, de continuação da pessoa do *de cuius*, como se este não tivesse morrido⁶¹. Esta visão da sucessão determina ainda, em certa medida, a configuração do fenómeno sucessório nos nossos dias. Daqui se retira uma determinada conceção de herdeiro, por contraposição ao legatário, por exemplo, e uma certa opção legislativa em sede de interpretação do testamento⁶².

Para pôr em causa, por isso, essa mesma opção interpretativa, é necessário ir a montante, pondo em causa toda uma conceção que a sustenta. Em suma, de uma sucessão *na pessoa* é necessário evoluir para uma sucessão *nos bens*, ou seja, para um sistema que se volta “para o problema dos bens *como tais*, com as

do negócio jurídico: o princípio da autonomia privada e o princípio da confiança. No objetivismo prevalece o princípio da confiança; no subjetivismo a autonomia privada (cfr. *A interpretação do testamento*, Lisboa, AAFDL, 1993, p. 92).

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 5-7; p. 29, nota 31; e p. 75.

⁵⁸ Na realidade, tem de haver algum “*fair play*” para o destinatário na interpretação do testamento. Já será “suficiente *favor* permitir ao testador que trace o destino futuro das suas relações patrimoniais”, mas permitir-lhe depois “que tal disposição seja interpretada e integrada de forma a dar integral satisfação à sua vontade, mesmo quando não captável em termos de normalidade por quem vai assumir o efeito do acto que lhe não pertence”, é “absolutamente indefensável”, para Lobato Guimarães (*op. cit.*, p. 106).

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 66.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 18-19, nota 24.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 21.

⁶² Sobre a relevância da distinção entre herdeiro e legatário nos dias de hoje, cfr. Daniel Morais, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória – A herança *ex re certa*: deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança”, *Lex Familiae*, ano 12 (n.ºs 23-24), 2015, pp. 23 a 42.

suas exigências próprias do comércio jurídico”, para uma sucessão que “visa desonerar os bens, pondo-os em condições de retomarem o seu lugar na circulação jurídica (dando a «desonerar» o sentido amplo de fazer desaparecer as marcas da crise)”⁶³.

Uma pergunta legítima que se pode fazer neste âmbito é a de saber por que será de reconhecer autonomia ao *de cujus* para dispor dos seus bens para depois da morte, se este não deve ser visto como o centro do fenómeno sucessório. E a resposta é simples, residindo no facto de este ser visto como um juiz privilegiado da melhor gestão do seu património, em particular no que se refere à determinação dos seus destinatários, após a sua morte. Por isso, salienta Lobato Guimarães que este não tem de esclarecer qual o critério que seguiu, aceitando-se as suas escolhas. O mesmo não acontece em relação ao Estado, que tem de indicar um critério uniforme para a seleção daqueles que serão chamados como sucessíveis⁶⁴.

Ou seja, a única pessoa que, na doutrina portuguesa, sustentou uma interpretação objetivista do testamento, e isto numa perspetiva *de iure condendo*, não deixa de salientar, igualmente, que o campo da liberdade testamentária é, precisamente, isso: um campo de liberdade! *Trata-se de uma perspetiva de iure condendo, que não tem qualquer correspondência com a opção subjetivista assumida pelo nosso legislador, no artigo 2187.º, embora temperada pelo limite que representa o contexto do testamento*⁶⁵. Nesta ótica, as palavras devem ser interpretadas

⁶³ *Op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 30. A mesma ideia é repetida na p. 36, sendo a liberdade testamentária vista como “uma concessão-limite feita ao *gestor mais qualificado* para indicar o melhor aproveitamento dos seus bens, e as verdadeiras necessidades dentro do seu grupo de possíveis sucessores. Não certamente, hoje, como emanação necessária de um direito de propriedade, que não implica só por si tal atributo, nem está hoje no lugar central da constituição dos patrimónios”.

⁶⁵ É esta a leitura que a nossa doutrina faz do regime constante do artigo 2187.º. Neste sentido, cfr. *ex multis*, Carlos Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, *Quid Juris*, 2012, p. 100; Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição (revista e atualizada), Lisboa, *Quid Juris*, 2012, p. 532; João Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 93-94 (o autor aponta que “é geralmente aceite que a interpretação dos testamentos deve ser subjetiva”, *op. cit.*, p. 13); Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 108; Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 196; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 302 (anotação ao artigo 2187). Para João Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 128; a opção pelo subjetivismo resulta do facto de, neste âmbito, não relevar a tutelar da confiança, tendo em conta as diversas características do testamento. Pretender reconduzir esta opção a qualquer uma das características do testamento individualmente seria uma solução insuficiente. No mesmo sentido, cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 196

num sentido que fosse reconhecível pelo testador, ainda que este se sirva de um termo utilizando-o numa aceção pessoal e fora do seu uso corrente na língua⁶⁶.

Assim, numa perspetiva subjetivista, não é possível proceder à interpretação da expressão “filhos legítimos”, com um sentido que não é certo que testador tenha pretendido – ou seja, incluindo os filhos adotivos – atendendo a um enquadramento legal que este não conheceu e para conformar tal interpretação a um princípio constitucional de não discriminação entre filhos em função da filiação, que não existia quando o testamento foi outorgado. Tal interpretação traduz-se, não só numa aplicação do princípio em causa nas relações entre privados, mas, igualmente, na sua aplicação retroativa. Como vimos, trata-se do caminho seguido em algumas das decisões espanholas que foram analisadas, no que se refere às sucessões ainda não consumadas. No entanto, o conceito de “sucessão consumada” carece de fundamento legal, gerando insegurança jurídica. Na realidade, subjacente ao recurso a este conceito, encontra-se uma intenção de “reescrever a História”, coisa que não cabe ao Direito fazer⁶⁷.

Tendo em conta que a opção do artigo 675.º do Código Civil espanhol é, igualmente, no sentido do subjetivismo, a linha de argumentação seguida no acórdão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 9/2010, de 27 de abril, causa bastante perplexidade. Na verdade, ainda que se possa reconhecer que “o testamento pressupõe uma vontade conjectural do testador apontada para o momento presumível da morte, o que faz com que a eficácia jurídica do testamento como negócio jurídico unilateral tenha de transcender a da mera circunstância temporal da própria declaração negocial”, daqui não se retira que este deva ser interpretado numa ótica objetivista, ou atendendo o circunstâncias que o testador não se encontrou em posição de contemplar⁶⁸. Por isso, a tarefa do intérprete é árdua: “a de detectar uma vontade real, se bem que conjectural...”⁶⁹. *Mas daí a*

⁶⁶ Veja-se o exemplo de escola de o testador querer aludir à sua garrafeira, reportando-se no testamento à sua “biblioteca”. Quer o exemplo, quer a lição referida no texto são de Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina. 2003 pp. 316-317. Embora se trate de uma doutrina sustentada à luz do Código de Seabra, a mesma continua a ser seguida entre nós (cfr. Luís Carvalho Fernandes, *op. cit.*, pp. 534-535; João Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 104-105; Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 198, nota 457).

⁶⁷ A propósito deste problema, cfr. os acórdãos que foram mencionados em nota anterior, no ponto 2.2. da Parte I, a propósito do acórdão do Supremo Tribunal espanhol, de 1 de março de 2013, bem como as críticas que a doutrina espanhola tece ao conceito de “sucessão consumada” e à tentativa, implícita no recurso a este conceito, de “corrigir a História”.

⁶⁸ Cito as palavras de Pamplona Corte-Real que, na sua mestria costumeira, coloca “o dedo na ferida”. Na realidade, o autor afasta-se das ideias de Maria Nazareth Lobato Guimarães no sentido de uma interpretação objetivista do testamento (cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *op. cit.*, p. 101). As mesmas críticas valem para a decisão do TEDH no caso *Pla & Puncernau c. Andorra*.

⁶⁹ Novamente recorrendo às palavras de Pamplona Corte-Real, *ibid.*

atribuir relevância a uma vontade do testador que jamais poderia ter existido, por se reportar a circunstâncias posteriores ao seu desaparecimento, vai uma grande distância.

Ou seja, as palavras do testador devem ser interpretadas atendendo ao significado que este lhes atribuía e a opção pelo subjetivismo traduz-se numa ampla admissibilidade da prova complementar como elemento normal da interpretação (artigo 2187.º/2). Pode ser que certas circunstâncias que permitem a identificação da real intenção do testador só sejam reveladas num momento posterior à abertura da sucessão; no entanto, os comportamentos do próprio testador num momento posterior à feitura do testamento só podem relevar como meio interpretativo enquanto sejam coerentes com a vontade manifestada no testamento e não se traduzam em vontade diversa⁷⁰. Fora de questão, reitere-se, está interpretar tal vontade de acordo com circunstâncias que este não contemplou nem poderia ter contemplado⁷¹. Numa perspetiva subjetivista, isto significaria passar do âmbito da interpretação para o domínio da integração de lacunas. Na ótica estrita da interpretação subjetivista do testamento, a conclusão mais provável a que se chega é a de que o testador não quis incluir os filhos ado-

⁷⁰ Cfr. João Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 98; seguindo, a este propósito, a lição de Maria Nazareth Lobato Guimarães quando esta autora afirma que “a conduta do testador após o testamento pode *explicitar* a sua declaração anterior, mas valerá só como meio de interpretação da vontade *fixada* no texto...” (*op. cit.*, p. 79). Como exemplo de uma circunstância posterior à abertura da sucessão que permite interpretar a vontade real do testador, veja-se a situação apontada por Ferrer Correia de, só meses após a morte do testador, aparecer o seu diário onde se encontra claramente expresso o sentido por ele ligado a certos passos do testamento. Este facto pode implicar que o testamento seja novamente executado de harmonia com aquilo que se verifica ter sido a vontade real do testador (cfr. *Estudos Jurídicos, I – Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3.ª tiragem, Coimbra, Almedina, 1985, p. 227).

⁷¹ No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Superior da Catalunha, num acórdão de 22 de janeiro de 2004, igualmente a propósito de um fideicomisso sujeito à condição *si sine liberi decesserit*, salientando que o princípio da não discriminação em função da filiação, existente no momento da execução do testamento, não correspondia ao quadro legal vigente no momento em que o testamento foi redigido, nem no momento da morte do testador, pelo que os filhos adotivos não se podiam considerar incluídos na referência aos “filhos legítimos” (cfr. Immaculada Vivas-Tésón, “Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 13, 2004, pp. 335-339, em particular, pp. 337-338). A decisão mereceu a aprovação de Vivas Tesón, autora que salienta que, no âmbito sucessório, a vontade do testador, formalmente expressa, constitui a “lei suprema da sucessão”. Este pode, sem qualquer obstáculo – nomeadamente, o princípio constitucional de igualdade – dispor livremente dos seus bens no âmbito da quota disponível. No acórdão de 28 de junho de 2002, do Tribunal Supremo espanhol, que decidiu em sentido contrário – invocado pelo Tribunal Constitucional espanhol, no acórdão n.º 9/2010, que analisámos – Vivas Tesón via uma decisão isolada, que não punha em causa as decisões anteriores do mesmo Tribunal, em que este atribuía relevância ao contexto histórico existente no momento de outorgar o testamento para efeitos de interpretação. Enganava-se esta autora, visto que a nova tendência do Tribunal Supremo foi confirmada em decisões subsequentes e sufragada pelo Tribunal Constitucional e pelo próprio TEDH (*op. cit.*, pp. 343-346).

tivos na expressão “filhos legítimos”. Somente optando por uma análise objetiva do mesmo se chegaria à conclusão de que os filhos adotivos deveriam estar incluídos nessa expressão. *Sustentar que o testador também pretendia beneficiar os netos adotivos, vendo a questão ainda do prisma subjetivista, implica, em suma, admitir a relevância ampla da vontade conjectural do testador, nomeadamente, no campo da integração de lacunas.*

3. A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória: em particular, o problema da integração de lacunas

No caso *Pla & Puncernau c. Andorra* o TEDH procedeu à interpretação do testamento em conformidade com a CEDH, negando a existência de qualquer ambiguidade na cláusula testamentária em causa. Não seria, por isso, necessário aferir da intenção do declarante: “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntas quaestio*”⁷² ou, dito de outra forma, “*in claris non fit interpretatio*”. Trata-se, como é sabido, de um entendimento claramente erróneo, pois “a clareza é sempre resultado da interpretação”⁷³. Esta posição é sintomática da forma objetivista como testamento foi analisado por este Tribunal.

Existia visivelmente uma ambiguidade na cláusula testamentária em causa. *Na realidade, os testadores, nos testamentos analisados nos acórdãos mencionados, não contemplaram diretamente a situação dos filhos adotivos*, o que resulta da utilização da expressão “filhos legítimos”, em vez de “filhos biológicos” – que levaria à sua exclusão – ou “filhos biológicos e adotivos” – que levaria à sua inclusão. Sem dúvida que ficaram excluídos os filhos ilegítimos, mas a ambiguidade subsistia quanto aos filhos adotivos. Deveriam estes ser considerados “filhos”, para efeitos da expressão “filhos legítimos”⁷⁴?

Reportando-se ao acórdão do Tribunal Constitucional espanhol, Herrero Oviedo entende que, nos casos em que o testador não contemplou uma realidade futura, mas em que, hipoteticamente, o poderia ter feito, há que averiguar qual

⁷² Digesto, 32, 25, 1.

⁷³ Nas ilustrativas palavras de João Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 100. Com a afirmação em causa, o TEDH ignorou a fundamentação pormenorizada desenvolvida pelo Tribunal Superior de Justiça ao procurar interpretar a cláusula em questão, atendendo às circunstâncias fatuais e legais do momento em que a disposição foi feita, tal como foi salientado pelo juiz Nicolas Bratza no seu voto de vencido.

⁷⁴ No caso *Pla & Puncernau c. Andorra* era particularmente significativo, como elemento interpretativo, o facto de o direito vigente na época da feitura do testamento só consagrar o filho adotivo como sucessível *ab intestato* da sua mãe ou pai adotivo, o que mostra que este não era considerado familiar dos seus avós. Também este dado legal contribuía para a conclusão no sentido de que a testadora pretendia excluir os netos adotivos do seu testamento.

teria sido a sua decisão se tivesse tido conhecimento dessa realidade. Por isso, no caso concreto, não existia propriamente uma lacuna na cláusula testamentária, mas somente na declaração do testador, que não pôde ter em conta a nova realidade. *Como a adoção não era frequente no momento da realização do testamento, a omissão de qualquer referência aos filhos adotivos poderia significar tanto que o testador simplesmente não contemplou essa possibilidade, quanto que pretendeu excluir estes da disposição testamentária, sendo mais plausível a primeira hipótese*⁷⁵.

Para Herrero Oviedo, perante esta insuficiência da letra do testamento, tornar-se-ia necessária uma referência a outros meios de integração⁷⁶. O recurso às regras de direito positivo vigente no momento da execução do testamento seria a única forma de solucionar o impasse. Não estaria, propriamente, em causa o recurso à prova complementar, sempre vinculada ao próprio testador, mas a procura de um parâmetro objetivo para proceder à integração da declaração do testador⁷⁷.

Segundo o entendimento do que seriam “filhos legítimos” no momento da feitura do testamento, estes, com algum grau de probabilidade, não incluíam os filhos adotivos, embora a sua exclusão não resultasse expressamente do testamento. No entanto, embora se pudesse entender que as palavras do testador tinham algum grau de clareza no momento da realização do testamento, a sua ambiguidade resultaria da própria evolução do enquadramento social e legal⁷⁸. Ainda que, no caso concreto, não fizesse sentido entender que os filhos adotivos estavam incluídos na expressão “filhos legítimos”, no momento da feitura do testamento, pois estes não eram equiparados aos filhos biológicos quanto aos efeitos da filiação, a mudança do quadro social e legislativo neste âmbito teria tornado plausível tal dúvida, por ter sido legalmente consagrada uma proibição

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 12.

⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 13-14.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 16-17.

⁷⁸ Segundo Richard Kay, a determinação da ambiguidade ou clareza das palavras do testador implica alguma subtilidade, pois tal ambiguidade pode surgir somente no momento em que o testamento é interpretado no contexto factual em que deverá operar (*op. cit.*, p. 470).

de discriminação em função da filiação⁷⁹⁻⁸⁰. *A ambiguidade do testamento resultaria do facto de o testador não ter contemplado uma realidade futura que poderia, hipoteticamente, ter contemplado. Estaria em causa uma lacuna somente revelada por circunstâncias supervenientes à morte do próprio testador.*

A doutrina portuguesa tem sido cautelosa na admissibilidade da integração de lacunas do testamento. Tanto o seu carácter pessoal, quanto solene, parecem apontar no sentido da inadmissibilidade de tal integração. A propósito do carácter pessoal do testamento, estatui o artigo 2182/1.º que:

“O testamento é acto pessoal, insusceptível de ser feito por meio de representante, ou de ficar dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, quer pelo que respeita ao objecto da herança ou do legado, quer pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento das suas disposições”.

Daqui se retira que, relativamente a estes aspetos, considerados essenciais, a integração de lacunas não é, seguramente, admitida. Admite-se, no entanto, essa integração nos casos em que “uma disposição não declarada (nos termos válidos para as declarações formais em causa) condiciona a possibilidade de execução do negócio declarado”, atendendo a um princípio de conservação do negócio testamentário⁸¹. Ou seja, a integração de lacunas será admissível quando for necessária para dar “plena exequibilidade a uma disposição testamentária”⁸². Trata-se da posição que tem sido seguida pela nossa doutrina e que é sobejamente sustentada pelos dados legais relevantes⁸³. De facto, resulta dos artigos 2182.º

⁷⁹ Recorde-se que, no caso *Pla & Puncernau c. Andorra*, os demandantes invocaram que o testamento era claro, porque se a testadora tivesse pretendido afastar os filhos adotivos do fideicomisso tê-lo-ia feito, através da introdução de uma cláusula nesse sentido, como era usual entre os notários andorranos e catalães. Também o governo andorrano argumentou no mesmo sentido, ao considerar que a utilização da expressão “filho de um matrimónio canónico e legítimo” já significava a exclusão dos filhos adotivos. *A haver qualquer dívida, portanto, ela surgiu com a evolução posterior das circunstâncias.*

⁸⁰ Ao analisar o acórdão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 9/2010, de 27 de abril de 2010, Herrero Oviedo salienta um aspeto fundamental: o de que não existia qualquer “obscuridade” nas palavras do testador, mas simplesmente “não era possível encaixar nelas a realidade existente no momento do seu falecimento”. Como a adoção somente teve lugar após a abertura da sucessão, *não havia dívida que estava em causa uma circunstância que o testador não previu*. Assim, perante o carácter inexpressivo do teor literal do testamento “resulta pertinente realizar a interpretação integrativa conforme à legalidade do momento da execução da condição” (cfr. Margarida Herrero Oviedo, *op. cit.*, p. 11, texto e nota 18).

⁸¹ Cf. Maria Nazareth Lobato Guimarães, *op. cit.*, pp. 75-80.

⁸² Cfr. Luís Carvalho Fernandes, *op. cit.*, p. 543.

⁸³ Cfr. Guilherme de Oliveira, “O testamento – apontamentos”, in *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 119-197, em particular, p. 150. No mesmo sentido, aponta Capelo de Sousa que: “Os elementos *essenciais* do testamento não são susceptíveis

a 2185.º que cabe ao testador “balizar” os aspetos essenciais do testamento⁸⁴. Pelo contrário, “quando haja uma relação de indispensabilidade entre a cláusula omissa e o conteúdo validamente expresso, tal relação assegura suficientemente a cobertura formal necessária”⁸⁵.

Na minha opinião, identificar uma lacuna no testamento atendendo a circunstâncias futuras e permitir a sua integração à luz do enquadramento legal existente num momento posterior ao da morte do testador é ir longe demais. É, como já disse no ponto anterior, procurar uma vontade que não existiu: uma vontade conjetural inadmissível. Deste modo, a conclusão final só pode ser uma: a de que, se o testador não contemplou – nem poderia ter contemplado – a hipótese de existirem netos adotivos, estes não podem ser beneficiários do seu testamento. Referindo-se o princípio da igualdade fundamentalmente à pessoa dos herdeiros ou legatários, este não poderá ter qualquer relevância no âmbito da integração de lacunas.

4. A (ir)relevância do princípio da igualdade na determinação da vontade conjetural do testador em sede de interpretação: modificação das circunstâncias entre o momento da feitura do testamento e o momento da morte do de cujus

Mas não se desista ainda... *É ténue, de facto, a fronteira, entre a identificação do sentido que o testador pretendia que fosse atribuído à sua última vontade no momento da sua morte (interpretação) e a procura da sua vontade conjetural relativamente a circunstâncias que não foram contempladas nem no texto nem no contexto do seu testamento, mas que teriam, “seguramente”, levado a uma vontade diversa se o testador tivesse tido conhecimento da nova realidade enquanto era vivo (integração).*

de integração, uma vez que se a lei não admite disposições do testador que não possam tornar certos os beneficiários ou o objecto sucessório (arts. 2185.º e 2182.º, n.º 1), muito menos permite a existência de disposições testamentárias sem ocorrer uma vontade real do testador. Tal seria ir contra a própria liberdade testamentária e faltaria um dos pressupostos da integração: a carência de previsão do caso não previsto” (*op. cit.*, p. 201). Por sua vez, ao sustentar a mesma posição, Duarte Pinheiro (*op. cit.*, p. 112, nota 217) adverte que, ao defender a posição contrária, Oliveira Ascensão refere exemplos de integração de elementos essenciais do testamento, que acabam por se reconduzir a casos de interpretação extensiva ou complementadora (v.g. “saltos no texto”, disposições implícitas no próprio testamento) (cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 298-303). Nesta crítica, Duarte Pinheiro segue a posição de Pamplona Corte-Real, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁴ Cfr. Daniel Morais, *Direito Sucessório – apontamentos*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 89-90.

⁸⁵ Novamente nas palavras de Lobato Guimarães, *op. cit.*, p. 77.

O problema da vontade conjectural do testador foi objeto de um estudo aprofundado por Antunes Varela, na sua dissertação de doutoramento⁸⁶. A questão tem relevância no contexto de uma “interpretação integradora” do testamento que, como refere o próprio autor, deve ser realizada atendendo à vontade presumível do testador, que “encontra a sua base mais sólida na própria vontade real coadjuvada pelas presunções da experiência ou pelas máximas de razoabilidade adequadas”. Tal interpretação integradora é admissível, desde que se traduza numa ampliação da vontade expressa no testamento e não num acrescentamento do contexto testamentário⁸⁷.

Atendendo aos dois momentos relevantes na interpretação do testamento, este autor refere que a ideia de que o testamento é um “negócio de última vontade” pode ser entendida de duas formas: ou o que releva é a vontade real ou presumível do testador contemporânea da elaboração do testamento, ou o que releva é verdadeiramente a última vontade do declarante, sendo, neste último caso, o testamento visto como uma “antecipação precária” de um projeto sujeito a permanente e automática correção da intenção juridicamente relevante do testador. Ou seja, pode estar em causa, verdadeiramente, a última vontade, ou somente a última vontade *declarada*. Tudo se prende com o *problema de relevância autónoma da vontade subsequente à elaboração do testamento*⁸⁸.

No sentido de que se deve procurar verdadeiramente a última vontade do testador milita o facto de o testamento ser irrepitível após a sua morte, pelo que “o único meio de assegurar a realização da vontade real do autor da herança reside em pautar directa e imediatamente por ela a interpretação do testamento”⁸⁹. Esta procura da vontade real do testador no momento da sua morte encontra-se limitada pela natureza formal do testamento, tendo em conta que essa vontade real somente pode fixar o sentido juridicamente relevante da cláusula testamentária se encontrar no seu contexto alguma tradução, mais ou menos acertada, como já foi referido⁹⁰.

No que se refere à dinâmica, no plano interpretativo, entre o momento da feitura do testamento e o momento da abertura da sucessão, uma ideia crucial é avançada por Antunes Varela: a de que *o facto de o testador manter uma cláusula testamentária não significa, necessariamente, que pretenda aderir implicitamente ao sentido que as disposições testamentárias terão em face da realidade atual, em*

⁸⁶ João de Matos Antunes Varela, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1950.

⁸⁷ Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 4-5, texto e nota 1.

⁸⁸ *Op. cit.*, pp. 9-11, texto e nota 1.

⁸⁹ Nas palavras de Antunes Varela, *op. cit.*, p. 29; reportando-se à posição defendida por Ferrer Correia, *op. cit.*, pp. 230-232.

⁹⁰ Cfr. Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 35-37.

particular quando novas circunstâncias podem ter uma influência apreciável na interpretação. Segundo o ilustre civilista, a experiência ensina precisamente o contrário, ou seja, que a manutenção da disposição testamentária, mesmo quando as circunstâncias se alterem, traduz a vontade do testador de manter o sentido que atribuiu a tais disposições no momento da sua composição.

Expondo o seu pensamento quanto ao problema, o autor distingue duas situações. Em primeiro lugar, aquelas em que o testador recorre a cláusulas que devem ser moldadas, ou seja, disposições “cujo conteúdo vem apenas virtualmente fixado, para ser preenchido de harmonia com a situação concreta vigente à data da sua abertura ou da sua execução, conforme as circunstâncias” (v.g. deixa dos “móveis” e dos “imóveis”, dos “dinheiros”, e as disposições em benefício dos “pobres”, “criados”, ou dos “parentes” do testador ou de terceiro). O problema, prende-se com a determinação dos beneficiários da deixa testamentária ou do seu objeto, quando o testador recorre, nas suas palavras, a categoriais de sujeitos ou de objetos, em vez de particularizar cada um deles (v.g. reporta-se aos “seus criados” em vez de indicar os respetivos nomes).

Por outro lado, Antunes Varela reporta-se a outras situações em que:

“A vontade real do testador se fixa, à data do testamento, num conteúdo preciso e concreto da cláusula lavrada, e em que, ao mesmo tempo, existem fortes razões para assegurar que o declarante teria querido, desde logo, o alcance diverso que a cláusula reveste, quando postos na base da interpretação ou da execução dela alguns factos futuros, não previstos nem prevenidos naquele momento”.

Assim, a nova realidade somente não será abrangida na cláusula porque o testador não teve o cuidado em prever a eventualidade de uma “modificação superveniente do meio objectivo”. Como exemplos, aponta as deixas em benefício dos “filhos”, dos “filhos de terceiros”, quando sobrevêm outros filhos após a realização do testamento; e as disposições que têm por objeto a quota disponível, quando existe uma alteração no seu montante⁹¹. Não se trata, parece-me, de exemplos tão diferentes dos anteriores, sendo somente as categoriais em causa menos amplas. Mas tomando por base esta distinção, podemos apontar dois problemas diversos no plano interpretativo:

- a) por um lado, a determinação dos contornos da categoria a que o testador se reporta no seu testamento (v.g. o que se entende por “parentes”, “sucessíveis legítimos”, “filhos”, “filhos legítimos”, etc.) ou do objeto da deixa (v.g. o que se entende por “quota disponível”, “bens móveis”, “bens imóveis”);

⁹¹ Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 14-15.

- b por outro, a determinação dos sujeitos concretos ou dos bens concretos que irão integrar tal categoria.

Ou seja, nos nossos casos concretos, analisados pelos tribunais espanhóis e pelo TEDH, uma coisa seria saber o que o testador entendia por “filhos legítimos” dos seus filhos, e outra identificar os sujeitos em concreto que iriam compor tal categoria e ser beneficiários da deixa⁹². Parece-me que, na análise do problema pelos tribunais em causa, houve uma confusão entre estes dois problemas. Ou seja, fará sentido entender que, quando o testador institui uma categoria, mais ou menos ampla, de herdeiros, pretenderá que essa categoria seja preenchida pelos sujeitos existentes no momento da sua morte (sejam eles “criados”, “parentes”, “pobres” ou outros), porque, ao redigir o testamento, se projeta para o momento da sua morte⁹³. No entanto, na falta de prova complementar em sentido contrário, já não me parece ajustado entender que este queira que os próprios contornos da categoria sejam interpretados de acordo com o sentido das palavras no momento da sua morte e, muito menos, num momento posterior ao seu falecimento.

Quando não existe prova complementar que permita identificar a vontade real do testador no momento da sua morte, parece-me razoável entender que qualquer mudança posterior das circunstâncias somente será atendível se se integrar na vontade “real ainda que conjetural” que o testamento representa, ou seja, se tiver sido plausivelmente contemplada pelo testador no momento em que fez o testamento. Nestes termos, a vontade do testador posterior à realização do testamento não terá uma relevância autónoma, desligada do testamento. Não significa isto que, para a vontade ser atualizada, se exija um novo testamento, desde que a vontade real existente no momento da morte se espelhe no testamento⁹⁴.

Para Antunes Varela estamos claramente perante um problema de interpretação quando estão em causa dados legais, tais como o montante da quota disponível, ou as classes de sucessíveis legítimos, caso em que “a observação dos factos mostra (...) que ao elaborar semelhantes disposições o disponente tem apenas em vista, por via de regra, o sistema vigente”. Assim, normalmente, uma alteração das circunstâncias não implica um conflito entre a “vontade verdadeiramente última do testador” e a última vontade declarada. Isto não significa que, se o testador

⁹² A propósito das deixas em benefício dos “meus sobrinhos”, ou “dos meus primos”, salientava Cunha Gonçalves que não haveria que investigar quais as pessoas que, de facto, o testador visou, mas determinar quais as compreendidas no parentesco legal por ele indicado (no momento da morte, permita-se-me acrescentar) (*op. cit.*, p. 645).

⁹³ Neste sentido, defendia Cunha Gonçalves, na vigência do Código de Seabra, que o legado aos “filhos de Francisco” deveria englobar os nascituros, devido à ausência de qualquer restrição por parte do testador (*id.*, *ibid.*).

⁹⁴ Cfr. Antunes Varela, *op. cit.*, p. 23, ao analisar as posições de Heinrich Lange. De facto, exigir um novo testamento neste caso seria levar o formalismo deste negócio jurídico longe demais.

tivesse previsto, no momento da elaboração do testamento, a alteração da lei em vigor, a solução não fosse diversa, mas isso seria entrar na vontade presumível e não real do testador⁹⁵⁻⁹⁶.

Recordando a distinção que fiz, nos exemplos referidos parece-me claro que a categoria de “herdeiros legítimos” deve ser interpretada atendendo ao sentido que lhe era dado pelo testador e pela lei no momento da realização do testamento, não sendo plausível que o testador se pretendesse reportar a uma categoria com um conteúdo que lhe era desconhecido e que este não poderia ter contemplado nesse momento (o mesmo se diga para a categoria de “filhos legítimos”)... Por outro lado, outro tanto se diga, quando está em causa a determinação do objeto da deixa⁹⁷. Assim, não me parece plausível entender que o testador tenha pretendido atribuir a quota disponível atendendo ao seu maior alcance na lei em vigor no momento da abertura da sucessão. Reportou-se, pelo contrário, ao montante da quota disponível que lhe era conhecido no momento da realização do testamento e com base no qual idealizou a sua partilha⁹⁸. Recorde-se que, tal como defendia Antunes Varela, no campo da “interpretação integradora”, segundo a lição de Oliveira Ascensão, quando não se apura nenhuma intenção psicológica efetiva do testador, deverá valer a interpretação do contexto que parecer mais razoável⁹⁹. Trata-se de uma lição que me parece aplicável às situações que acabei de referir.

Diferente será a identificação em concreto dos sujeitos que vão integrar a categoria em causa (sejam “filhos”, sejam “herdeiros legítimos”), pois, aqui, é

⁹⁵ A questão foi discutida na nossa ordem jurídica devido à alteração introduzida pela lei de 31 de outubro de 1910, no que se refere às classes de sucessíveis legítimos, tendo o Supremo Tribunal de Justiça fixado a seguinte doutrina, num assento de 16 de dezembro de 1927: “nos instrumentos anteriores a 31 de outubro de 1910, em que um cônjuge declara que deixa o usufruto dos seus bens cônjuge sobrevivo e a propriedade aos herdeiros legítimos, entende-se que estes são os que a lei chama à herança pela ordem estabelecida no Código civil”. No entanto, neste caso, era claro que não era ao cônjuge que caberia a propriedade, pois a este cabia o usufruto. Outra situação paralela já mencionada ocorre quando o testador dispõe da quota disponível e esta era $\frac{1}{3}$ no momento da feitura do testamento, passando, depois, a ser de $\frac{1}{2}$ (Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 13-14, nota 2; p. 17; e p. 18, nota 2).

⁹⁶ Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 12-14; e pp. 15-16, nota 2.

⁹⁷ Aparentemente em sentido contrário, Cunha Gonçalves entendia que a disposição das “minhas pratas” não abrangeria as pratas adquiridas após o testamento (*op. cit.*, p. 640).

⁹⁸ Não concordo com a aplicabilidade do critério interpretativo do artigo 237.º ao negócio testamentário. Se assim fosse, se a quota disponível passasse de $\frac{1}{3}$ para metade, após a feitura do testamento, relevaria a quota de $\frac{1}{3}$, na medida em que este seria o sentido da declaração menos gravoso para o disponente (cfr. Daniel Morais, *op. cit.*, p. 88). Em sentido contrário, já se pronunciava Cunha Gonçalves, *op. cit.*, pp. 639-640. Na doutrina atual, Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, pp. 109-110; bem como Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 199, defendem a aplicabilidade do referido preceito na interpretação do testamento.

⁹⁹ Cfr. Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 4-5, texto e nota 1; e Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, cit., p. 296. A mesma lição é seguida por Capelo de Sousa, *id.*, *ibid.*

natural o entendimento de que o testador se pretendeu reportar a todos os filhos que tenha no momento da morte, ainda que posteriores à elaboração do testamento. O mesmo também vale para a interpretação do testamento no que se refere ao objeto da deixa¹⁰⁰.

No Código Civil de 1966, o artigo 2226.º visa resolver alguns dos problemas mencionados. Este preceito determina que:

“1. A disposição a favor dos parentes do testador ou de terceiro, sem designação de quais sejam, considera-se feita a favor *dos que seriam chamados por lei à sucessão, na data da morte do testador*, sendo a herança ou legado distribuído segundo as regras da sucessão legítima. 2. De igual forma se procederá, se forem designados como sucessores os *herdeiros legítimos do testador ou de terceiro, ou certa categoria de parentes*” (o itálico é meu).

Trata-se de um preceito em que são contempladas as duas situações distintas que referi: como interpretar a categoria de “herdeiros legítimos”, ou “filhos”, por exemplo? Quem serão em concreto os “herdeiros legítimos”/“filhos” a considerar? Aqueles que existiam no momento da feitura do testamento ou os que existirem à data da abertura da sucessão? Embora seja claramente de acolher a ideia de que devem ser beneficiários da deixa os sujeitos que integram a categoria em causa no momento da morte, e não somente no momento da realização do testamento, já me parece mais discutível que os contornos da própria categoria devam ser fixados atendendo ao seu sentido na lei em vigor no momento da abertura da sucessão e não no momento em que o testamento foi redigido. *Esta opção do nosso legislador traduz-se, claramente, no abandono de uma procura da vontade conjectural do testador, nos casos em que dúvidas subsistem quanto à interpretação de uma cláusula testamentária, em prol de um critério objetivo, que tem por base o caráter mortis causa do testamento*¹⁰¹.

Quando o preceito determina que se procederá do mesmo modo se for designada uma determinada categoria de parentes (v.g. “filhos”), isso significa que devemos atender àqueles que seriam chamados no momento da morte nos termos da lei então em vigor. Assim, um problema semelhante àquele que foi analisado em Espanha seria resolvido em Portugal através do critério objetivo constituído pela lei em vigor no momento da abertura da sucessão (mas não à luz da lei em vigor no momento da morte do fiduciário, se estiver em causa um fideicomisso). Este critério objetivo permite resolver os casos de dúvidas interpretativas decorrentes de alterações do enquadramento legal entre o momento

¹⁰⁰ Trata-se do critério utilizado pelo nosso legislador nos artigos 2254.º/2, 2255.º, 2261.º/1 e 2269.º/2, no que se refere aos legados.

¹⁰¹ Cfr. ainda o artigo 2225.º, que visa clarificar o sentido das disposições feitas a favor de uma generalidade de pessoas, sem qualquer outra indicação (v.g. os “cegos”, “os pobres”) (cfr. Inocêncio Galvão Telles, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 58-59).

da celebração do testamento e o momento da abertura da sucessão. *No entanto, não só nesta situação não estamos perante um problema de integração de lacunas, mas de interpretação, quanto, aqui, o princípio da igualdade não tem uma relevância autónoma como critério objetivo e auxiliar da interpretação. E acrescente-se que, na ausência de prova complementar, a falta de revogação da disposição testamentária anterior, perante uma alteração das circunstâncias posterior, que implica um novo sentido interpretativo das palavras do testamento, dificilmente pode ser vista como uma adesão a esse novo sentido. Ou seja, a falta de revogação do testamento, por parte do testador, perante o conhecimento efetivo das novas circunstâncias, não pode adquirir o sentido referido em sede de prova complementar*¹⁰².

No caso analisado pelo TEDH e pelos tribunais espanhóis, o testador não se limitava a designar uma certa categoria de parentes (v.g. “os meus filhos”); reportando-se, dentro de tal categoria, a certos parentes em particular (v.g. “os meus filhos *legítimos*”). Assim, não estava em causa a indeterminação necessária que suscitaria as dúvidas interpretativas relevantes para aplicar um critério objetivo que seria o enquadramento legal no momento da morte do testador. Mas veja-se o raciocínio seguido por tais tribunais: a) ignoraram as palavras do testador, em cujo sentido literal não cabiam, com grande probabilidade, os filhos adotivos dos seus descendentes; b) afirmaram que o testador não poderia ter previsto a modificação legislativa em causa quanto ao estatuto dos filhos adotivos, mas também não se poderia interpretar a sua vontade conjetural como pretendendo excluir tais filhos adotivos, se tivesse feito o testamento no momento em que o fiduciário morreu, mais de cinquenta anos depois; c) procederam à aplicação do princípio da não discriminação em função da filiação na interpretação de um testamento que foi redigido décadas antes de tal princípio ser consagrado na lei. Olhando agora para o problema somente à luz das regras sucessórias, os tribunais em causa somente poderiam ter sustentado esta conclusão através de: a) uma interpretação objetivista atualista do testamento; b) identificação de uma vontade conjetural do testador no momento da execução do testamento (integração de uma lacuna).

Não me parece uma conclusão aceitável. Não há dúvida de que há sempre que considerar que a vontade do testador é, em parte, conjetural, por se projetar para o momento da sua morte. Tendo em conta que a vontade real do testador pode mudar até à sua morte, nomeadamente, no que se refere ao sentido das palavras por si utilizadas no testamento, na falta de prova complementar que permita atender a uma nova vontade do testador, ainda espelhada no texto e

¹⁰² Salienta Antunes Varela que, quando as palavras do testador adquirem um novo sentido à luz de circunstâncias supervenientes, quando este não modifica o testamento, isso resulta, ou do facto de o testador nem sequer se chegar a aperceber do novo sentido que a declaração comporta, ou de confiar na atendibilidade exclusiva das circunstâncias contemporâneas do testamento para a interpretação da sua vontade.

contexto do próprio testamento, só existem duas soluções: ou recorrer aos critérios objetivos presentes nas normas interpretativas legais; ou, na ausência destas, optar pela solução mais razoável, que se traduz em atribuir às palavras o sentido que estas tinham para o testador no momento da feitura do testamento. Interpretar objetivamente o testamento ou integrar lacunas, atribuindo relevância a circunstâncias supervenientes, posteriores à morte do testador, com as quais este nunca poderiam ter contado e que incidem sobre aspetos essenciais do testamento, não são opções admissíveis.

Ficam claros os riscos existentes, quando se abusa do carácter “conjetural” da vontade do testador, imputando-lhe intenções que este nunca teve, nem poderia ter tido. Ficam claros os riscos de se “torcerem” as regras sucessórias para fazer o princípio da igualdade incidir, “à força”, na autodeterminação sucessória, imputando discriminações a órgãos judiciais, que resultam da vontade do testador, entendidas as suas palavras com o sentido que tinham no momento da realização do testamento, ainda que discriminatórias; ainda que contrárias ao princípio da igualdade.

Tudo um espelho, no fundo, da dificuldade de se reconhecer diretamente a eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no âmbito da autodeterminação sucessória. Tudo o reflexo da dificuldade de impor limites num campo por excelência de liberdade, tal como legalmente demarcado pelo poder legislativo.

5. A relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória: em particular a importância das motivações do testador

No plano “intrassistémico”, ou seja, atendendo unicamente às regras sucessórias, as motivações do testador relevam, podendo, neste âmbito, assumir, igualmente, alguma importância o princípio da igualdade. Tenha-se presente, à cabeça, o artigo 2186.º, nos termos do qual:

“É nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”.

Neste caso, a nulidade é fundamentada, não tanto pelo fim pretendido pelo disponente, mas pela motivação global da disposição atendendo ao seu fim. Por isso, se diz que a disposição tem de ser “essencialmente” determinada por um fim contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes. Ou seja,

o fim ilícito, entendido como *motivo* ilícito, não tem de ser o único pretendido com a disposição, mas tem de ser o motivo principal^{103,104}.

Todas estas situações contempladas no preceito são muito próximas. Como exemplo de disposições contrárias à lei temos todas aquelas em que a disposição visa levar o beneficiário a violar uma norma proibitiva (v.g. matar ou agredir alguém)¹⁰⁵. Como disposição contrária à ordem pública, temos o exemplo de legar uma quinta a alguém para facilitar as reuniões de um grupo terrorista. Finalmente, poder-se-á considerar contrário aos bons costumes um legado que vise facilitar as práticas de pedofilia a que o legatário se dedica¹⁰⁶.

O facto de a disposição ser determinada por esse fim ilícito tem de resultar da interpretação do testamento, o que significa que “semelhante fim não poderá ser invocado quando nada no testamento permite supor a sua existência”. Assim, se o fim ilícito somente resultar de prova complementar, (v.g. a deixa é feita para que o beneficiário matar alguém) limitando-se o testador a nomear alguém no testamento como legatário ou herdeiro em determinados bens, daqui não se pode concluir pela nulidade do testamento, por mais “perturbador” que isso possa parecer¹⁰⁷. Fica, assim, frisado que só se deve contar com o que resulta do testamento e não com “reais ou hipotéticas intenções ou declarações de vontade dos beneficiários”¹⁰⁸.

A propósito do artigo 1746.º do Código de Seabra, que foi o antecedente do nosso artigo 2186.º, salientava Antunes Varela que:

“Com efeito, compreende-se que a lei não permita uma investigação ampla dos motivos de cada disposição, em vista da insegurança, dos litígios frequentes e das devassas repugnantes e melindrosas a que semelhante regime

¹⁰³ Cfr. Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 186, nota 418.

¹⁰⁴ No Código de Seabra, o artigo 1746.º determinava que: “a invocação de uma causa, quer falsa, quer verdadeira, contrária à lei, produz sempre a nulidade da disposição”. Para Antunes Varela, neste caso, “a nulidade da disposição impõe-se (...), como uma simples consequência do desmerecimento ético-jurídico das cláusulas testamentárias fundadas numa tal motivação; radica na inidoneidade da disposição, uma vez encarada por esse prisma, para se sobrepor ao regime supletivamente traçado na lei” (*op. cit.*, pp. 120-121).

¹⁰⁵ Pode discutir-se se o preceito abrange igualmente a situação em que a disposição testamentária pretende auxiliar o beneficiário a manter-se na situação ilícita em que já se encontra. Por exemplo, “instituo como herdeiro o meu sobrinho A, porque é drogado e precisa de dinheiro para adquirir a droga”; ou “instituo como herdeiro o meu sobrinho A, porque é o único que é bígamo e tem de sustentar duas famílias” (cfr. Torres García/García Rubio, *op. cit.*, pp. 98-99).

¹⁰⁶ Cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 301-302 (anotação ao artigo 2186.º).

¹⁰⁷ São de Oliveira Ascensão tanto as palavras entre aspas, quanto a referida perturbação perante uma solução deste tipo (*Direito Civil - Sucessões*, cit., pp. 76-77).

¹⁰⁸ Cfr. Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 186, nota 417.

forçosamente daria azo; mas o prestígio da ordem jurídica ficaria sériamente comprometido com o acatamento das disposições ostensivamente baseadas em motivos ilícitos ou imorais”.

No entanto, à luz deste preceito, a nulidade resultaria da invocação de uma causa ilícita no testamento. Por isso, este autor salientava que o mesmo teria um alcance limitado, pois raras vezes o testador aludiria no próprio testamento à causa ilícita da disposição¹⁰⁹. Pelo contrário, o artigo 2186.º exige somente que resulte da interpretação do testamento que o motivo principal da disposição foi ilícito, o que significa que o testador não tem de referir propriamente a causa, podendo esta resultar do contexto do testamento.

À luz deste preceito será contrária à lei a deixa em que o testador disponha o seguinte: “deixo os meus bens móveis a António, não só porque este é meu filho legítimo, mas porque desta forma prejudico Bento, por ser meu filho ilegítimo”. Pelo contrário, se o teor da disposição fosse outro, a vontade discriminatória já não seria o motivo principal da disposição: “deixo os meus bens imóveis a João, meu filho legítimo”, ou a disposição em que o testador dispõe da sua quota disponível em benefício de alguns de entre os seus netos, e se verifica que só ficaram excluídos os seus netos ilegítimos¹¹⁰.

Ou seja, se o testamento significa desigualdade e, logo, discriminação, em particular quando beneficia algum dos sucessíveis legais, os problemas começam quando resulta deste negócio jurídico que o seu motivo principal é discriminar, ou seja, quando, mais do que realizar a atribuição em causa em benefício de um alguém, o testador pretende, fundamentalmente, atingir, de modo discriminatório, outras pessoas com essa atribuição. Por isso, também poderá ser válida, talvez, uma disposição redigida nos seguintes termos: “deixo a minha quinta no Alentejo ao meu filho José, porque este é homem, sendo, por isso, mais capaz do que as suas irmãs para administrar a mesma, pois estas pertencerem a um sexo mais fraco”. Neste caso, o motivo principal da disposição não é discriminar as irmãs, mas atribuir a quinta ao filho que o testador considera ser mais apto para a gerir, embora a razão pela qual considera isso seja discriminatória. Pelo contrário, não seria válida uma disposição feita nos seguintes termos: “deixo a minha quinta no Alentejo ao meu filho José, para castigar as minhas filhas por pertencerem ao sexo fraco”.

Neste âmbito, como se vê, o princípio da igualdade pode ter alguma relevância enquanto limite à autodeterminação sucessória. No entanto, embora o testador não tenha de indicar expressamente o motivo ilícito em causa, ainda à luz do artigo 2186.º continuam a ser atuais as considerações tecidas por Antunes

¹⁰⁹ Antunes Varela, *op. cit.*, p. 121, texto e nota 2.

¹¹⁰ Como ocorreu no testamento analisado pelo tribunal de 1.ª instância de Guaxupé.

Varela acerca do seu alcance prático reduzido. *Pelo contrário, o campo das condições testamentárias é particularmente fecundo, no que diz respeito à identificação das motivações do testador*¹¹¹.

Assim, é fácil descortinar uma intenção discriminatória por detrás da condição de o beneficiário não casar com certa pessoa ou não conviver com certa pessoa (v.g. “deixo 5000€ ao meu sobrinho se este não voltar a conviver com mulheres de etnia cigana”; ou “deixo as minhas joias de família a José se este nunca se casar com um homem”, ou até “deixo os meus bens ao meu amigo António se este, apesar de ser judeu, se casar pela igreja e batizar os seus filhos na fé católica”¹¹². Em termos genéricos, o artigo 2230.º/2 determina que as condições contrárias à lei ou à ordem pública, ou ofensivas dos bons costumes se têm por não escritas, salvo o disposto no artigo 2186.º. Isto significa que, apesar de, por regra, tais condições se terem por não escritas, se a disposição não tiver somente como consequência “limitar o pensamento liberal da ordem jurídica”, toda a disposição será nula se se conseguir demonstrar, por via da interpretação do testamento, que “a condição ilícita constituiu o verdadeiro fim reprovável visado pelo testador através da disposição”. Neste caso, o legislador não tem em vista a atuação ilícita em que poderia incorrer o beneficiário da disposição, mas a própria motivação real do testador^{113,114}.

Antunes Varela justificava a manutenção da disposição, tendo-se as condições ilícitas por não escritas, à luz do § único do artigo 1743.º do Código de Seabra, com a salvaguarda da liberdade do beneficiário da disposição:

“Tem forçosamente de reconhecer-se que a ineficácia, pura e simples, das condições desse tipo, sem dúvida imposta pelo § único do artigo 1743.º, se explica me-

¹¹¹ Neste sentido, Cfr. Torres García/García Rubio, *op. cit.*, pp. 101-102.

¹¹² No sentido do caráter discriminatório das cláusulas referidas e de outras semelhantes, cfr. Torres García/García Rubio, *op. cit.*, pp. 103-104. Salientam as autoras que, nestes casos, não é necessário recorrer ao campo pouco confortável da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, visto que existem normas sucessória *ad hoc* para resolver a questão.

¹¹³ Cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 364-366 (anotação ao artigo 2230.º) a quem pertencem as passagens transcritas no texto.

¹¹⁴ A aplicação da regra *vitiatur sed non vitiant* (ficam viciadas mas não viciam) no contexto das condições testamentárias ilícitas contrasta com a solução que resulta do artigo 271.º/2 para os negócios *inter vivos*. Trata-se de um regime que pode ser justificado de diversas formas. Como dão nota Torres García/García Rubio, enquanto os autores franceses justificam semelhante regime, que resulta do artigo 900.º do *Code Civil*, com base em motivos histórico-políticos (que se prendiam, na origem, com a preocupação de evitar que, através das condições, os saudosos do Antigo Regime fizessem reviver, através delas, as instituições abolidas em 1789), os autores italianos justificam o regime semelhante que resulta do artigo 634.º do *Codice Civile* com base no *favor testamentii* (*op. cit.*, pp. 106-108). Este regime contrasta com a nulidade de toda a disposição, quando está em causa uma condição captatória, visto que, então, se visa proteger da liberdade de testar (cfr. Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 186).

*lhor, à luz da orientação liberal de que se acha impregnada toda a lei civil, como uma consequência da restrição exercida sobre a liberdade de acção do chamado, do que como uma sanção contra a intenção do testador*¹¹⁵.

O artigo 2232.º determina, exemplificativamente, o que são condições contrárias à lei, no contexto das quais podemos encontrar algumas que podem relacionar-se com o princípio da igualdade e com a proibição de discriminação. São elas: residir ou não residir em determinado local (se nesse local se encontrarem pessoas que se pretende discriminar); conviver ou não conviver com certa pessoa (que se pretende discriminar); de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados (que se pretende discriminar). Trata-se de uma enumeração exemplificativa, conforme se retira da expressão “cláusulas semelhantes”. A teleologia do preceito é proteger a liberdade pessoal do beneficiário da disposição. No entanto, se se demonstrar a disposição foi essencialmente determinada pelo intuito discriminatório que subjaz à própria condição, toda a disposição será nula. Neste caso, já não se trata somente de proteger a liberdade do chamado quanto a atos que a ordem jurídica entende que devem ser livremente praticados. Trata-se de sancionar a própria intenção do testador¹¹⁶. Tendo presente que o artigo 2233.º acrescenta que se considera, igualmente, contrária à lei a condição de celebrar ou deixar de celebrar casamento. Se estiver em causa a condição de o herdeiro ou legatário não casar com pessoas de determinada etnia, a disposição aparentemente visará um fim discriminatório, podendo, em conjunto com outros dados, eventualmente concluir-se que o motivo principal da deixa foi, precisamente, proceder a tal discriminação. Neste caso, toda a disposição será afetada.

O facto de o testamento ser realizado num momento que pode ser muito anterior à morte do *de cujus* coloca dificuldades, como vimos, no plano interpretativo. No entanto, e para terminar, é igualmente fundamental, determinar

¹¹⁵ Antunes Varela, *op. cit.*, p. 141. Na realidade, para Antunes Varela, este regime teria sido consagrado com base na influência da lei francesa de 5-12 de setembro de 1791 que foi motivada por razões político-sociais singulares. Pretendeu-se evitar o uso do expediente a que recorria a aristocracia de sangue para interferir na realização de certos atos que, de acordo com o espírito da época, cabiam ao livre arbítrio de cada cidadão. Se a consequência da ilicitude da condição fosse a nulidade da própria disposição, o chamado poucas vezes tomaria a iniciativa de invocar judicialmente a nulidade da cláusula acessória, com o receio de perder a disposição. Assim, enquanto os interessados na ineficácia não impugnassem a cláusula poderia, cautelosamente, ver-se tentado a cumprir a condição, ficando, deste modo, a sua liberdade limitada, o que se pretendia evitar. Acresce que os próprios herdeiros do testador poderiam sempre pressionar o chamado para cumprir a condição ameaçando-o com uma ação de nulidade (*op. cit.*, pp. 146-147). No mesmo sentido, cfr. Oliveira Ascensão, invocando a posição de C. A. Mota Pinto. Tal como a doutrina italiana, o autor reporta-se, igualmente, à irrepetibilidade do testamento (*Direito Civil – Sucessões*, cit., pp. 318-319).

¹¹⁶ Sobre este preceito, cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 368-370 (anotação ao artigo 2232.º).

à luz de que lei será concretiza a validade do testamento no que se refere ao seu fim. Neste âmbito a doutrina tem salientado que embora o facto sucessório seja: “um *facto complexo de produção sucessiva* (...) entram na sua estrutura vários elementos que podem achar-se distanciados no tempo”. Estes elementos principais são, o testamento, quanto à sucessão testamentária, e a morte, quanto à sucessão legal. Embora os efeitos sucessórios se definam pela lei vigente à data da morte do *de cuius*, que constitui “o *último dos factos principais* que estão na base desses efeitos (...) cada elemento de per si, dos que entram na formação do facto complexo, tem a sua regulamentação específica, pelo menos sob muitos aspetos, na lei vigente na data da sua ocorrência”¹¹⁷. Significa isto que a validade do testamento quanto ao seu fim é determinada à luz da lei em vigor no momento da sua feitura, o que significa que é nesse momento que se determina se ele é contrário à ordem pública, aos bons costumes e à lei?

Atacando diretamente o problema, Oliveira Ascensão conclui que a validade do testamento, do ponto de vista do conteúdo, é apreciada à luz da lei vigente no momento da abertura da sucessão. O artigo 12.º/2, 1.ª parte, determina que a lei só visará os factos novos, quando dispuser sobre as condições de validade formal e *substancial* de quaisquer factos, ou sobre os seus efeitos. Embora a sucessão não seja propriamente um facto, mas uma vicissitude, pode entender-se que este regime é aplicável às condições de validade formal do testamento¹¹⁸. No entanto, como conclui o ilustre civilista, o mesmo já não ocorre quando se trata de analisar o conteúdo do mesmo, porque, neste aspeto, acrescente-se, este elemento do facto complexo que é o facto sucessório – ou seja, o conteúdo do testamento – não pode ser autonomizado. *Quanto a ele aplica-se a lei em vigor no momento da abertura da sucessão, sendo esse o momento em que se determina a validade do testamento atendendo ao seu fim*. Trata-se de uma conclusão importante, que poderá ter algumas repercussões quando se trata de analisar testamentos que foram celebrados muito antes da morte do *de cuius*.

Verifica-se, em suma, que o nosso sistema sucessório, sendo bem mais antigo que a própria Constituição, tem normas *ad hoc*, para reagir a situações em que o testamento tem, *claramente*, como motivação principal proceder a uma discriminação de terceiros que não serão chamados. Ou seja, a situação em que

¹¹⁷ Na lição de Galvão Telles, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6.ª edição (reimpressão) Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 327.

¹¹⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, cit., pp. 29-32; bem como, *id.*, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição refundida, Coimbra, Almedina, 2005, p. 570. No mesmo sentido, cfr. João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 12.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000, p. 234; ao afirmar que a sucessão testamentária é regulada pela lei em vigor no momento da abertura da sucessão, exceto no que se refere à validade formal do testamento e à capacidade para a sua feitura, questões que serão, em princípio, reguladas pela lei em vigor no momento da celebração do testamento.

o testamento serve de veículo para tal discriminação. Mas entender que a liberdade testamentária será limitada pelo simples facto de, do seu conteúdo, resultar uma discriminação para algumas pessoas, é cair no reino da pura fantasia. Como refere Nevaes na doutrina brasileira, os problemas começam quando o testador justifica a sua escolha, ou acrescente-se, quando a sua principal motivação resulta do contexto do testamento, quando não do texto¹¹⁹. Na decisão do Tribunal da 1.ª instância e Guaxupé, resultam bem claras as consequências de invocar motivações do testador sem que exista, para tanto, uma base suficiente no testamento. Passamos, então, a ter um “testamento magistral”, ou seja, um testamento em que a vontade do juiz se substitui à vontade do testador.

¹¹⁹ Cfr. Nevaes, *op. cit.*, p. 230.

PACTOS SUCESSÓRIOS – A SOLUÇÃO DO LEGISLADOR PORTUGUÊS PELA LEI N.º 48/2018, DE 14 DE AGOSTO

Cristina Dias¹

1. Considerações introdutórias

Estas jornadas, com várias linhas temáticas, estão subordinadas ao tema da igualdade e responsabilidade nas relações familiares. Como veremos pelo estudo que empreenderemos sobre os (novos) pactos sucessórios admitidos na lei, e em especial pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, o princípio da igualdade nas relações familiares e nas relações patrimoniais conjugais pode ter sido posto em causa pela restrita admissibilidade destes pactos sucessórios.

Como sabemos, e de acordo com o art. 2026.º do Código Civil², a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato, sendo estes os títulos da vocação sucessória.

Assim, a sucessão *mortis causa* pode ser legal ou voluntária. A sucessão legal decorre da lei enquanto a sucessão voluntária depende de um ato de vontade do *de cuius*. Por força do art. 2027.º, a sucessão legal pode ser legítima (deferida por lei supletiva) ou legitimária (resultante de lei imperativa), consoante possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor. Por seu lado, a sucessão voluntária pode ser contratual (se tem na base um contrato, só admitida em certos casos) ou testamentária (se na sua base está um testamento).

¹ Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação.

² Sempre que no texto sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

Podem coexistir diversas espécies de sucessão: podem ser chamadas à sucessão diversas pessoas cada uma por título diferente (p. ex., por morte de A podem ser chamados B como herdeiro legitimário, C como herdeiro testamentário e D como herdeiro contratual), assim como a vocação de uma pessoa pode operar-se por vários títulos (p. ex., por morte de A, B pode ser chamado como herdeiro legitimário e, se A o contemplou em testamento, como herdeiro testamentário).

A sucessão legitimária é deferida por lei e não pode ser afastada pela vontade do autor da sucessão. Diz respeito à porção de bens de que o *de cuius* não pode dispor por estar destinada por lei aos herdeiros legitimários (art. 2157.º). Podemos distinguir, no conjunto dos bens do *de cuius*, duas porções de bens: a quota indisponível ou legítima (a porção de bens, que varia nos termos dos arts. 2158.º a 2161.º, de que o autor da sucessão não pode dispor por estar destinada ao cônjuge, descendentes ou ascendentes, como herdeiros legitimários) e a quota disponível (a porção de bens que o autor da sucessão pode dispor a favor de quem entender). Havendo herdeiros legitimários, os poderes de disposição (*mortis causa* e até entre vivos, nos casos previstos no n.º 2 do art. 242.º) do autor da sucessão estão limitados, dado que não pode afetar a porção de bens que caberá a tais herdeiros.

A sucessão legítima (que não deve confundir-se com a quota indisponível ou legítima da sucessão legitimária) é também deferida por lei mas pode ser afastada pela vontade do autor da sucessão. De acordo com o art. 2131.º são chamados à sucessão os herdeiros legítimos se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte.

A sucessão voluntária pode ser contratual ou testamentária³.

Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, n.º 1).

Depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do *de cuius* – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar (arts. 2062.º e segs. e 2249.º e

³ A designação de sucessores adveniente da sucessão contratual prevalece sobre a designação sucessória testamentária, quer anterior ao contrato sucessório quer ulterior. De facto, um testamento anterior referente à mesma categoria de bens pode ser mais tarde revogado por uma doação *mortis causa*, nos casos em que estas se admitem, por manifestação expressa ou tácita da vontade do autor da sucessão (arts. 2311.º a 2313.º), enquanto os pactos sucessórios, por se tratarem de contratos, são em princípio irrevogáveis após a aceitação (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1), não podendo ser prejudicados por testamento posterior relativo à mesma categoria de bens. V., Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, pp. 140 e 149-153, e R. Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 46 e 47.

segs.) a sua herança ou legado, e pode também alienar a sua herança (arts. 2124.º e segs.) ou legado. Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão (salvo na hipótese introduzida na al. c) do n.º 1 do art. 1700.º pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que contempla a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, e que referiremos adiante).

A última nota, para terminarmos estas considerações introdutórias, é dedicada à sucessão testamentária (regulada nos arts. 2179.º e segs.). Esta incidirá, havendo herdeiros legitimários, sobre a quota disponível do autor da sucessão ou, caso não existam herdeiros legitimários, sobre toda a herança⁴. Tem por base um testamento, definido no art. 2179.º, n.º 1, como o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. Assim, e seguindo R. Capelo de Sousa, as características que a lei aponta ao testamento e que o distinguem das doações *mortis causa* são, por um lado, o seu caráter unilateral, produzindo os seus efeitos por via de uma só declaração de vontade, e não através de duas ou mais declarações de conteúdos diversos como sucede nas doações *mortis causa*; por outro lado, o caráter revogável do testamento, podendo o testador livremente alterar as disposições testamentárias anteriormente feitas, e estando até impedido de renunciar à faculdade de o revogar (v., art. 2311.º)⁵.

2. Da sucessão contratual

Como referimos, há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, n.º 1).

Depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do *de cuius* – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar (arts. 2062.º e segs. e 2249.º e segs.) a sua herança ou legado, e pode também alienar a sua herança (arts. 2124.º e segs.) ou legado. Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão (salvo na hipótese introduzida na al. c) do n.º 1 do art. 1700.º pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que contempla a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, e que referiremos adiante). De facto, dispõe o n.º 2 do art. 2028.º que os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º. Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (arts. 286.º e 289.º e segs.).

⁴ Não deve esquecer-se que a disposição testamentária não pode incidir sobre o objeto de doações *mortis causa*, dado que estas prevalecem sobre as disposições testamentárias anteriores ou posteriores.

⁵ R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 51 e 52.

“A razão da proibição, em regra, dos contratos sucessórios entronca fundamentalmente em duas ordens de considerações. Por um lado, pretende-se que o autor da sucessão conserve até ao fim da sua vida a liberdade de disposição por morte dos seus bens. Por outro, quer-se que só após a abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de a aceitar ou repudiar, ou de dispor da mesma, quando aceite, tanto por motivos éticos de respeito pelo autor da sucessão como porque, no interesse do próprio sucessível, só então se estabiliza a designação sucessória, e se define o objecto sucessório, de modo a tornar possível ao sucessível decisões mais esclarecidas”⁶.

Mas a lei admite alguns contratos sucessórios. De acordo com os arts. 1700.º e segs. são admitidos alguns pactos sucessórios nas convenções antenupciais. Aí se prevê a existência de quatro tipos de contratos sucessórios: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de um deles, como herdeiros ou legatários entre si (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante na convenção antenupcial⁷, como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º); 4) a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge (arts. 1700.º, n.º 1, al. c), e 1707.º-A).

Há autores que nos falam de uma “sucessão contratual anómala”. Jorge Duarte Pinheiro utiliza a expressão para designar certos negócios bilaterais válidos que não se enquadram, à partida, na definição de negócios sucessórios e que têm relevância sucessória ou desempenham uma função de atribuição patrimonial semelhante à das deixas testamentárias e pactícias. Referimo-nos a certas doações em vida (como a doação com reserva de usufruto, com reserva de dispor, a doação *cum moriar* ou *si praemoriar*, as doações que realizam a partilha

⁶ R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 48. V. também, Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 558-560.

⁷ Se a instituição como herdeiro ou legatário for em favor de pessoa indeterminada ou de pessoa certa e determinada mas que não intervenha como aceitante na convenção antenupcial, a disposição é havida com um valor meramente testamentário (art. 1704.º) e, logo, livremente revogável. Há aqui uma conversão legal de tal ato num negócio jurídico unilateral testamentário, não sendo necessária a verificação em cada caso concreto dos requisitos do art. 293.º. V., Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 338, e R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 49, e nota 81.

em vida ou as doações em vida imputáveis na legítima subjetiva do donatário)⁸ e a certos contratos que são afinal “institutos alternativos ao testamento”⁹.

O Direito das Sucessões português, centrado na transmissão patrimonial assente na propriedade imobiliária, “não atende a manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*”¹⁰, não estando previsto no seu âmbito original um tipo de riqueza “objecto de transmissão ou atribuição célere e simplificada segundo regras de Direito Comercial, Bancário ou dos Seguros”^{11/12}. Há, por isso, um conjunto de bens e valores que fica à margem das regras sucessórias, estando sujeitos a um “regime jurídico “paralelo” ao sucessório”¹³. Como escreve Pamplona Corte-Real, a tutela jus-sucessória dos herdeiros legitimários vai-se desvanecendo perante a realização de plúrimos fenómenos jurídicos gratuitos, de eficácia *post-mortem*, “mas hereditariamente “neutros”, que impressivamente A. Pallazo designa por “*Sucessões anómalas*” (na expressão de uma autonomia contratual em vida)”¹⁴.

Podem destacar-se neste ponto, e como refere Jorge Duarte Pinheiro, o seguro de vida, a conta bancária solidária (após a morte de um contitular), o contrato a favor de terceiro (com promessa a cumprir após a morte do promissário), o contrato de sociedade (que contenha estipulações sobre a transmissão por morte de participações sociais), o mandato (*mortis causa* ou *post mortem*), o negócio fiduciário (visando uma atribuição patrimonial posterior à morte de uma das partes) e o *trust* (que confira bens ao beneficiário, por morte do instituidor)¹⁵.

⁸ A propósito das doações em vida feitas aos sucessíveis legitimários prioritários, que tendem a ser imputadas na legítima subjetiva do donatário, considera Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3.^a ed., Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 144 e 145, que tais doações em vida, não sendo qualificáveis como pactos sucessórios, “têm um componente de pacto sucessório renunciativo: ao aceitar uma proposta de doação, o legitimário aceita que a totalidade ou parte da sua quota hereditária injuntiva seja antecipadamente preenchida, renunciando à intangibilidade qualitativa da legítima”.

⁹ Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 143.

¹⁰ Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 25.

¹¹ Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 26.

¹² Além de restringir a liberdade individual ao prever uma sucessão legitimária onde não se atende ao mérito ou às necessidades dos beneficiários e às relações que têm com o *de cuius*.

¹³ Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões. Sucessões*, vol. II, Lisboa, Lex, 1993, p. 194.

¹⁴ Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 129.

¹⁵ Sobre os referidos negócios v., Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 29 e pp. 146 e segs., e Rita Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2016, pp. 104 e segs. Para uma análise mais desenvolvida destes institutos alternativos ao testamento, v., Daniel de Bettencourt Rodrigues Sil-

Pode, assim, o *de cuius* contemplar alguém, fora do domínio sucessório, no âmbito de tais negócios jurídicos. De facto, estamos perante direitos que não integravam a esfera jurídica do *de cuius* e daí a sua natureza não sucessória¹⁶.

Significa isto, assim, que a lei proíbe, como regra, os pactos sucessórios mas, por via da celebração de outros negócios conseguem alcançar-se efeitos idênticos a tais pactos e sem qualquer sujeição às regras sucessórias, nomeadamente de respeito da legítima.

Tal como os sucessíveis legitimários, os donatários *mortis causa* não têm em vida do autor da sucessão um direito subjetivo aos bens doados, mas apenas uma expectativa juridicamente tutelada, que se traduz na atribuição de meios jurídicos para se oporem aos atos do doador que violem a eficácia, a irrevogabilidade e a imutabilidade de tais doações. As normas legais que tutelam tal posição jurídica são de carácter imperativo, conduzindo à nulidade dos negócios jurídicos realizados contra elas¹⁷. Importa realçar o carácter bilateral das doações *mortis causa* e, em princípio, a sua irrevogabilidade. Em todo o caso, e por serem *mortis causa*, os efeitos de tais doações só se produzem com a morte do doador.

De facto, nestes pactos sucessórios o donatário não fica, em vida do doador, com qualquer direito sobre os bens doados, tendo apenas uma expectativa de os vir a receber à morte do doador. Mas é uma expectativa juridicamente tutelada. Essa tutela varia consoante o tipo de doação *mortis causa*, ou seja, importa distinguir as doações feitas a título de herança (a doação de parte ou da totalidade da herança) e as que nomeiam legatários (doação de bens certos e determinados), bem como as que são feitas entre os esposados ou por terceiros aos esposados e as realizadas pelos esposados a terceiros.

Todas as doações *mortis causa* não são, em princípio, revogáveis depois da sua aceitação (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1). Mas, nas doações dos esposados a favor de terceiros pode o doador reservar no ato da doação a faculdade de as revogar (art. 1705.º), podendo também ser revogáveis por ingratidão do donatário (arts. 970.º e 975.º, al. a)).

No caso da instituição contratual de herdeiro, de doações de parte ou da totalidade da herança, o doador poderá dispor a título oneroso de bens certos e determinados que se integrem na doação, mas já não a título gratuito, não po-

va Morais, *Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por Contrato?*, Cascais, Principia, 2016, pp. 711-909, e *Revolução Sucessória – Os Institutos Alternativos ao Testamento no século XXI*, Cascais, Principia, 2018, *passim*.

¹⁶ V., Luís Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, p. 121. Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 54, refere-se às “atribuições *mortis causa* excluídas das sucessões”.

¹⁷ R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 146.

dendo realizar doações entre vivos ou *mortis causa* sobre os mesmos bens (art. 1701.º, n.º 1).

Já no caso de nomeação de legatário, de doação de bens certos e determinados, nem mesmo a título oneroso tal doação pode ser afetada. Os poderes de disposição do doador ficam aqui limitados, dado que, sobre os mesmos bens, não pode dispor a título oneroso ou gratuito (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1)¹⁸.

A diferença de regime parece assentar no facto de, no caso da instituição de herdeiro, serem doados conjuntos de bens que existirem no momento da morte, e, por isso, só se limita o poder de disposição do doador a atos praticados a título gratuito (que viriam, na prática, a afastar a irrevogabilidade das doações), mas não a título oneroso (onde sempre haverá uma entrada de bens ou direitos no património do doador). Já no caso da nomeação de legatário, a disposição dos bens por parte do doador, mesmo a título oneroso, afetaria a confiança do donatário à sucessibilidade em bens certos e determinados¹⁹.

De referir ainda que a designação sucessória contratual pode ficar sem efeito por caducidade ou ineficácia. De facto, as doações *mortis causa* podem caducar por predececho do donatário face ao doador (arts. 1703.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 4). As doações *mortis causa* de esposados a terceiros tornam-se também ineficazes no caso de caducidade da convenção antenupcial, nos termos dos arts. 1705.º, n.º 1, e 1716.º. No caso de doações de ambos os esposados a favor de terceiros, em que cada um deles institua um terceiro como seu herdeiro ou legatário respetivo, determinando-se o carácter corresponsivo das duas disposições, a invalidade ou revogação de uma das disposições produz a ineficácia da outra (art. 1706.º, n.º 1).

¹⁸ Em todo o caso, os n.ºs 2 e 3 do art. 1701.º determinam que, mediante autorização do donatário, prestada por escrito, ou respetivo suprimento judicial, pode o doador alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo. Neste caso, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador.

¹⁹ Pereira Coelho, *ob. cit.*, pp. 151 e 152, e R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 143 e 144. C. Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões...*, *ob. cit.*, p. 85, e *Curso...*, *ob. cit.*, p. 84, considera ser esta a única leitura que viabiliza o disposto no art. 1701.º, ou seja, no caso de doações de parte ou da totalidade da herança, o princípio de que o doador não pode prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição íntegra e completa o princípio de que as disposições não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação; no caso de doações de bens presentes certos e determinados (legados), o segundo princípio referido está coberto pelo primeiro.

3. Os pactos sucessórios à luz da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto

De acordo com o disposto no n.º 2 do art. 2028.º os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º. Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (arts. 286.º e 289.º e segs.).

Mas a lei admite alguns contratos sucessórios, como já tivemos oportunidade de referir²⁰. De acordo com os arts. 1700.º e segs. são admitidos pactos sucessórios nas convenções antenupciais²¹. Aí se prevê a existência dos seguintes contratos sucessórios: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de um deles, como herdeiros ou legatários entre si (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante

²⁰ Como refere Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, *Autodeterminação Sucessória...*, *ob. cit.*, p. 330, o sistema sucessório português consagra uma proibição mitigada de pactos sucessórios, atendendo aos pactos que são expressamente admitidos na lei. Ficam, em todo o caso, abertas as portas a que outros institutos sejam qualificados como pactos sucessórios. Assim, como pactos sucessórios institutivos inominados, e no âmbito da realidade sucessória, chama o autor a atenção para algumas regras relativas à partilha dos bens comuns (em particular, a figura prevista no art. 1719.º, que qualifica como pacto sucessório institutivo numa perspetiva substancial); para a figura da partilha em vida (doação *sui generis* com o teor de uma renúncia à intangibilidade qualitativa da legítima, à colação e à redução por inoficiosidade, qualificando o autor tal renúncia como pacto sucessório renunciativo); da dispensa de colação (afetando a sua qualificação como pacto sucessório institutivo); ou ainda para a possibilidade de o divórcio por mútuo consentimento ser visto como um pacto sucessório renunciativo numa perspetiva substancial (mesmo autor e obra, pp. 330-405). Quanto à existência de um pacto renunciativo na partilha em vida, v. também, Rita Lobo Xavier/Maria Carvalho e Lemos, “Pacto sucessório renunciativo na “partilha em vida”: a sua importância na sucessão familiar da empresa”, in https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26540/1/E-book-Roadmap-para-Empresas-Familiares_revisto-31-48.pdf, consultado a 7 de junho de 2019, pp. 25-42.

²¹ Como refere Luís Carvalho Fernandes, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 569, os casos de admissibilidade de pactos sucessórios são o das disposições sucessórias feitas em convenção antenupcial e reguladas nos arts. 1700.º a 1707.º (a que acrescentamos agora, depois da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, o art. 1707.º-A), e a que fazemos referência no texto, mas também o das doações *mortis causa* para casamento, também realizadas em convenção antenupcial (arts. 1755.º, n.º 2, e 1756.º, n.º 1). A estas aplicam-se as normas dos arts. 1757.º a 1760.º, mas também as normas relativas às disposições sucessórias. De facto, e como já estudámos em Direito da Família, as doações que hajam de produzir os seus efeitos por morte do doador são havidas como pactos sucessórios e estão sujeitas ao disposto nos arts. 1701.º a 1703.º (art. 1755.º, n.º 2). Por isso, analisaremos apenas as disposições por morte contidas na convenção antenupcial.

na convenção antenupcial, como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º); 4) a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge (arts. 1700.º, n.º 1, al. c), e 1707.º-A)²².

Vejamos agora cada um deles.

3.1 Disposições recíprocas dos esposados ou de um em favor do outro

Como qualquer contrato, os pactos sucessórios são, em princípio, irrevogáveis (art. 1701.º).

Os esposados podem fazer disposições *mortis causa* recíprocas (art. 1754.º)²³ ou disposições de um a favor do outro.

Nos termos dos arts. 1700.º, n.º 1, al. a), e 1701.º, n.º 1, a instituição contratual de herdeiro (numa quota ou na totalidade da herança) e a nomeação de legatário (em bens certos e determinados), feitas na convenção antenupcial por um esposado a favor do outro ou de cada um a favor do outro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição. Ou seja, e tratando-se de doações de bens certos e determinados (legados), quer os atos onerosos de disposição quer os atos gratuitos ficam vedados ao doador. Mas o doador, mediante autorização do donatário, prestada por escrito, ou o respetivo suprimento judicial, pode alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo (art. 1701.º, n.º 2). Quando tal aconteça, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador (art. 1701.º, n.º 3)²⁴.

Além disso, se a instituição tiver por objeto a totalidade da herança, o doador pode dispor a título gratuito, em vida ou por morte, de uma terça parte da herança (art. 1702.º, n.º 2)²⁵. Em todo o caso, é lícito ao doador, no ato da

²² Para uma análise da sucessão contratual, da proibição dos pactos sucessórios e sua crítica, v., Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, *Autodeterminação Sucessória...*, *ob. cit., passim*. Defendendo uma reforma em matéria de pactos sucessórios, conclui o autor que a problemática da autodeterminação sucessória por contrato “se encontra na ordem do dia”, impondo-se uma superação da teoria do “monopólio do testamento” (pp. 968 e 969).

²³ Ao contrário do que acontece em matéria testamentária, onde se proíbe o testamento de mão comum (art. 2181.º).

²⁴ Como diz Luís Carvalho Fernandes, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 572, este regime corresponde a um dos casos de “*legado de valor*”, operando, perante a ineficácia da disposição contratual, a sua conversão legal.

²⁵ A terça parte da herança é calculada nos termos do n.º 1 do art. 1702.º, ou seja, o cálculo dessa quota será feito conferindo-se os bens de que o doador haja disposto gratuitamente depois da

doação, renunciar no todo ou em parte ao direito de dispor da terça parte da herança (art. 1702.º, n.º 3).

Os pactos sucessórios feitos por cada um dos esposados em favor do outro ou reciprocamente entre si caducam nos termos do art. 1703.º, ou seja, nas situações previstas no art. 1760.º, que regula a caducidade das doações para casamento²⁶, e ainda no caso de o donatário morrer antes do doador.

3.2 Disposições de terceiros em favor dos esposados

De acordo com o art. 1701.º, n.º 1, al. a), é possível a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados feita por terceiro.

Tal como os pactos sucessórios entre esposados, também as disposições contratuais de um terceiro em favor de um ou de ambos os esposados são irrevogáveis, aplicando-se-lhes o já analisado regime dos arts. 1701.º e 1702.º. Em todo o caso, e face ao art. 1701.º, n.º 1, *in fine*, as liberalidades feitas por terceiro podem ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contratantes.

Tais disposições contratuais²⁷ têm um regime de caducidade especial face à caducidade das disposições *mortis causa* entre esposados. Tal como estas, aquelas também caducam nos termos do art. 1760.º. Mas, já não caducam pelo predecesso do donatário, quando ao doador sobrevivam descendentes *legítimos*²⁸ daquele, nascidos do casamento, os quais serão chamados a suceder nos bens doados, em lugar do donatário (art. 1703.º, n.º 2). É um caso particular de representação na sucessão contratual.

doação.

²⁶ O art. 1760.º, n.º 1, al. b), deve ser interpretado à luz da alteração legislativa em matéria de divórcio operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que eliminou a culpa no âmbito das causas e efeitos do divórcio.

²⁷ E repare-se que, ao contrário do que pode acontecer com as disposições por morte em favor de terceiro, as disposições *mortis causa* de terceiro, em convenção antenupcial, a favor dos esposados revestem sempre caráter contratual (arts. 1704.º e 1705.º).

²⁸ A expressão *descendentes legítimos* utilizada no n.º 2 do art. 1703.º parece chocar com o princípio da não discriminação entre os filhos nascidos dentro do casamento e os filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4, da CRP). Ora, a reforma do Código Civil de 1977 não alterou esta norma e, de facto, não nos parece que seja inconstitucional. Os pactos sucessórios só são válidos se celebrados em convenção antenupcial, pressupondo, portanto, um casamento. É aos descendentes nascidos desse casamento a que a convenção antenupcial se reporta que o n.º 2 do art. 1703.º quer referir-se ao utilizar a expressão *descendentes legítimos*. Neste sentido, v., Luís Carvalho Fernandes, *Lições...*, *ob. cit.*, pp. 576 e 577.

3.3 Disposições dos esposados em favor de terceiros

A convenção antenupcial pode conter também a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados (art. 1700.º, n.º 1, al. b)).

As disposições *mortis causa* em favor de terceiro podem ter caráter testamentário ou contratual (arts. 1704.º e 1705.º).

Se a instituição de herdeiro e a nomeação de legatário feitas por algum dos esposados na convenção antenupcial forem em favor de pessoas indeterminadas, ou em favor de pessoa certa e determinada que não intervenha no ato como aceitante, têm valor testamentário, não produzindo qualquer efeito se a convenção caducar (art. 1704.º).

Mas, se a instituição de herdeiro e a nomeação de legatário forem em favor de pessoa certa e determinada que intervenha como aceitante na convenção antenupcial têm valor contratual, sendo-lhe, por isso, aplicável o disposto nos arts. 1701.º e 1702.º, que já analisámos, não produzindo também efeitos se a convenção caducar (art. 1705.º, n.º 1).

Em todo o caso, o regime das disposições entre esposados não é inteiramente aplicável face aos restantes números do art. 1705.º. Assim, a instituição ou a nomeação pode ser livremente revogada, se o disponente a tiver feito com reserva dessa faculdade (n.º 2). Mesmo que tal não aconteça, a irrevogabilidade não afasta a possibilidade da revogação da doação por ingratidão do donatário ou de ser reduzida por inoficiosidade (n.º 3). Estas liberalidades perdem eficácia se a convenção caducar, nos termos dos arts. 1705.º, n.º 1, e 1716.º, e caducam se o donatário morrer antes do doador (n.º 4 do art. 1705.º).

O regime dos arts. 1704.º e 1705.º aplica-se também no caso de se tratar de disposições recíprocas, por ambos os esposados, em favor de terceiro (art. 1706.º)²⁹. Se ambos os esposados instituírem terceiros seus herdeiros, ou fizerem legados em seu benefício, e ficar consignado na convenção antenupcial o caráter correspondente das duas disposições, a invalidade ou revogação de uma das disposições produz a ineficácia da outra. A partir do momento em que uma das disposições comece a produzir efeitos, a outra já não pode ser revogada ou alterada, a não ser que o beneficiário da primeira renuncie a ela, restituindo quanto por força dela haja recebido.

²⁹ Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 574, os dois esposados não se limitam a fazer, no mesmo pacto, disposições em favor de terceiros, fazem-nas depender umas das outras: “a disposição de cada um é feita *por causa* da disposição do outro, mas a favor de terceiro; neste sentido se dizem *correspectivas*”.

3.4 Pactos renunciativos à condição de herdeiro legitimário do cônjuge

Por força da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, foi admitida a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge na convenção antenupcial (art. 1700.º, n.º 1, al. c)). Pode, assim, a convenção antenupcial conter a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.

Como decorre do Projeto de Lei n.º 781/XIII, o objetivo desta alteração legislativa visa essencialmente a proteção dos filhos de anterior união de um dos cônjuges, que garantem, assim, a sua expectativa patrimonial a uma parte da herança, sem comprometer a celebração de novos casamentos. O entendimento de que “não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos”, esteve na base do referido projeto. Aí se afirma que “sem pretender proceder a uma revisão da filosofia subjacente ao regime sucessório do Código Civil, o presente projeto de lei propõe a criação de um regime, apenas aplicável àqueles que por mútuo acordo por ele optem, que permite que as pessoas possam contrair matrimónio sem qualquer efeito sucessório, e portanto, sendo esse o caso, sem qualquer efeito nos interesses patrimoniais dos filhos”³⁰.

Repare-se que se exige reciprocidade da renúncia para a validade do pacto sucessório, não podendo apenas um dos cônjuges renunciar à sua qualidade de herdeiro legitimário na sucessão a abrir por morte do outro cônjuge, o que parece afetar a autonomia da vontade de cada um dos cônjuges. Pense-se, por exemplo, o caso de apenas um dos cônjuges ter descendentes aquando da celebração do casamento, não pretendendo o novo cônjuge concorrer com eles na sucessão, mas não querer deixar os seus bens a qualquer outra pessoa, mas ao cônjuge e eventuais filhos que venham a ter. Esta solução, por não haver reciprocidade, não é admitida pela lei, limitando, assim, a autonomia da vontade dos cônjuges, ainda que partindo do respeito pela igualdade entre eles.

Por outro lado, e nos termos do n.º 3 do mesmo art. 1700.º, o pacto renunciativo à condição de herdeiro legitimário do cônjuge, previsto na al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, apenas é admitido caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação³¹.

³⁰ V., <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c-324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d-7657456c4a535339305a58683062334d76634770734e7a67784c56684a53556b755a47396a&fich=pjl781-XIII.doc&Inline=true>, consultado a 29 de novembro de 2019.

³¹ Para uma análise crítica dos pactos renunciativos admitidos no nosso ordenamento jurídico atual, v., Margarida Silva Pereira/Sofia Henriques, “Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII”, *Julgare online*, maio de 2018, in

Resulta do art. 1707.º-A que a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca (n.º 1). A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no art. 2018.º, nem as prestações sociais por morte (n.º 2).

Quanto aos direitos do cônjuge renunciante sobrevivente, convém destacar as soluções encontradas quanto à casa de morada da família e respetivo recheio. Sendo a casa de morada de família propriedade do falecido, o cônjuge sobrevivente pode nela permanecer, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio (n.º 3). Tais direitos caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a razão dessa ausência lhe não for imputável (n.º 5), e não são conferidos se o cônjuge sobrevivente tiver casa própria no concelho da casa de morada da família, ou neste ou nos concelhos limítrofes se esta se situar nos concelhos de Lisboa ou do Porto (n.º 6). Excecionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar o referido prazo de cinco anos considerando, designadamente, a especial carência em que o membro sobrevivente se encontra, por qualquer causa (n.º 4). Caso o cônjuge sobrevivente tenha completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, o referido direito de habitação é vitalício (n.º 10).

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o cônjuge sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respetivo 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 (n.º 7). Neste caso, na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados (n.º 8).

O cônjuge sobrevivente tem direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título (n.º 9).

3.5 Outras reflexões a propósito dos pactos renunciativos à condição de herdeiro legitimário do cônjuge

Não compreendemos a restrição da admissibilidade de pactos sucessórios renunciativos aos casos de casamentos a celebrar sob o regime de separação de

<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucessorios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf>, pp. 1- 20, consultado a 7 de junho de 2019, e Carlos Pamplona Corte-Real/Daniel Santos, “Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, *Revista de Direito Civil*, n.º 3, 2018, pp. 555-574.

bens. Julgamos que nos regimes de comunhão, onde o cônjuge já participa no património comum, justificar-se-ia a possibilidade de tal renúncia. Consideramos até que esta limitação poderá violar o princípio da igualdade, sendo, por isso, inconstitucional (v., art. 13.º da Constituição da República Portuguesa)³². Aliás, se a razão apresentada pelo legislador para estes pactos renunciativos passa pela proteção patrimonial dos filhos e pelo incentivo ao casamento nenhuma razão existe para diferenciar o regime de bens.

Por força do art. 4.º da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que determina que a mesma lei entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao da sua publicação, a admissibilidade de pactos renunciativos à condição de herdeiro legítimo do cônjuge (e apenas a esta, já que o cônjuge manter-se-á como herdeiro legítimo)³³, em convenção antenupcial, apenas existe para os novos casamentos, não podendo os cônjuges que já se encontram casados celebrar tal género de pactos sucessórios.

Talvez se justificasse um tratamento igual de todos os casamentos, celebrados antes ou depois da entrada em vigor da lei. É verdade que tais pactos renunciativos apenas podem ser celebrados nas convenções antenupciais, e, portanto, antes da celebração do casamento. Mas nada impediria que, para este efeito, se admitisse que os cônjuges, casados antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, pudessem fazer um contrato que se traduziria num pacto sucessório renunciativo que, nestes casos, poderia ser realizado fora das convenções antenupciais. Mas o legislador não quis ir tão longe...

Como vimos, e nos termos do art. 1707.º-A, a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca. Ora, esta possibilidade de condicionar a renúncia por parte de apenas um dos cônjuges poderá significar que a renúncia venha efetivamente a verificar-se em relação a apenas um dos cônjuges e a renúncia que se pretendia recíproca acabará por não o ser, ou seja, se apenas um dos cônjuges, por exemplo, condicionar a sua renúncia à sobrevivência dos filhos, e esta condição não se verificar no momento da morte, tal renúncia acabará por não se verificar, sendo o cônjuge chamado como herdeiro legal; efeito diverso acontecerá se for

³² Neste sentido, v., Margarida Silva Pereira/Sofia Henriques, *loc. cit.*, p. 8.

³³ Esta é a solução que nos parece mais adequada atendendo ao sistema sucessório português e ao objetivo visado pelo legislador com a admissibilidade dos pactos renunciativos entre cônjuges, mas a letra da lei nem sempre é clara. Veja-se, por exemplo, o art. 1700.º, n.º 1, al. c), onde se refere a condição de herdeiro legítimo, face ao art. 1707.º-A, que apresenta o regime da renúncia à condição de herdeiro (não especificando se é legal ou apenas legítimo). Neste sentido, v., Rute Teixeira Pedro, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, al. c), do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I/II, 2018, pp. 442 e segs.

o cônjuge que não condicionou a sua renúncia a qualquer condição a ser chamado à sucessão do outro (o pacto sucessório renunciativo produzirá os efeitos acordados). Por outro lado, uma condição tão ampla não parece compatível com o objetivo do legislador de proteção dos filhos dos cônjuges. Na verdade, pode condicionar-se a renúncia não apenas à sobrevivência de filhos, mas também de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas³⁴.

Não podemos ainda esquecer a solução apresentada no novo n.º 2 do art. 2168.º quanto às liberalidades a favor do cônjuge. Assim, considera a lei que não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da al. c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse. Cria-se desta forma uma legítima virtual do cônjuge que apenas serve para nela imputar as doações feitas ao cônjuge renunciante; e permite-se eventualmente que por via das doações no decurso de casamento se frustre o pretendido com o pacto renunciativo, podendo até contornar, desta forma, o regime da imutabilidade a que estes pactos estão sujeitos (enquanto celebrados em convenções antenupciais).

As soluções avançadas pelo legislador com esta admissibilidade de pactos renunciativos entre os cônjuges são manifestamente insuficientes, sobretudo se tivermos presente a possibilidade de celebração dos chamados negócios alternativos ao testamento que já abordámos.

Talvez fosse de ponderar uma maior flexibilidade dos pactos sucessórios renunciativos ou até dos pactos sucessórios em geral a que devia juntar-se um novo olhar sobre a sucessão legítima³⁵.

³⁴ V., Pamplona Corte-Real/Daniel Santos, “Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, *Revista de Direito Civil*, ano III, n.º 3, 2018, p. 563, e Rute Teixeira Pedro, *loc. cit.*, pp. 435-437.

³⁵ Defendendo igualmente uma reforma mais ampla do sistema sucessório, v., Guilherme de Oliveira, “Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)”, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renúncia-à-condição-de-herdeiro.pdf>, pp. 8-10, consultado a 7 de junho de 2019.

IGUALDADE E DIVERSIDADE NO DIREITO EUROPEU DAS RELAÇÕES FAMILIARES TRANSFRONTEIRIÇAS. A COOPERAÇÃO REFORÇADA EM FRENTE AO ESPELHO.¹

*Helena Mota*²

Resumo: O movimento de europeização do direito internacional privado no âmbito das relações familiares teve como objectivo precípuo, através da uniformização das regras de conflitos de leis e de jurisdições nos Estados-Membros e do reconhecimento e execução de decisões e actos públicos estrangeiros oriundos de órgãos jurisdicionais de Estados-Membros, a efectiva consumação das liberdades comunitárias de circulação e estabelecimento de pessoas, bens e capitais. Visou, portanto, e em última análise, um estatuto de cidadania europeia baseada num princípio de igualdade: aplicação da mesma lei, nas relações familiares transfronteiriças, em todos os Estados-Membros; critérios idênticos para aferir da competência dos órgãos jurisdicionais, em todos os Estados-Membros; franqueamento da circulação de decisões e actos e documentos públicos, emanados pelos Estados-Membros. No entanto, em matérias sensíveis como o divórcio e os

¹ Este trabalho corresponde, no essencial, ainda que glosado com algumas notas de rodapé, à apresentação oral feita pela Autora nas Jornadas Internacionais *Igualdade e responsabilidade nas relações familiares* que tiveram lugar na EDUM, a 5 e 6 de Dezembro de 2019, e foi desenvolvido no âmbito do projecto “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE” DER 2017-86017-R de que são IPs P.Jiménez Blanco y A.Espiniella Menéndez y financiado por el MINECO.

² Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Investigadora do CIJE.

regimes de bens, as diferenças e (divergências) culturais, políticas, ideológicas não foram ultrapassadas e a europeização ficou a meio caminho com a adopção de Regulamentos de cooperação reforçada que apenas vinculam parte dos Estados-Membros. Neste trabalho reflectiremos sobre alguns dos problemas que já se começam a sentir na aplicação e interpretação destes Regulamentos, tentando perceber se o mecanismo da cooperação reforçada é sua causa e/ou efeito ou se, em todo o caso, a europeização do direito internacional privado da família sempre ficará aquém dos ambiciosos desígnios que lhe foram traçados.

Sumário: 1. O mecanismo da cooperação reforçada e os regulamentos europeus no âmbito do direito internacional privado da família. 2. Problemas de uniformização dos critérios de competência jurisdicional e os regulamentos de cooperação reforçada. 3. Problemas de diversidade de soluções, nos Estados-Membros, quanto à existência e validade do casamento e o âmbito material dos regulamentos de cooperação reforçada. 4. A europeização das regras de conflitos familiares e sucessórias e os sempiternos problemas de qualificação: a actuação do TJUE. 5. Algumas conclusões.

1. O mecanismo da cooperação reforçada e os regulamentos europeus no âmbito do direito internacional privado da família.

Como é já sobejamente sabido, a base legal da “europeização” do Direito Internacional Privado³ decorre do Tratado de Amesterdão que introduziu uma disposição (o art. 73.º-M que iria corresponder ao art. 65.º do Tratado CE e ao actual art. 81.º do TFUE) através da qual a União Europeia chamou a si a competência, atribuída ao Parlamento Europeu e ao Conselho através de processo legislativo ordinário, para tomar medidas de cooperação judiciária em matéria civil com incidência transfronteiriça quando tais medidas se mostrassem necessárias para o bom funcionamento do mercado interno, nomeadamente compatibilizando as normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdições (art. 81.º, n.º 2, c), do TFUE).

Em matéria de direito da família foram adoptados vários regulamentos europeus: o Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20.12.2010 (que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial), o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 (Bruxelas II-*bis*),

³ Sobre a adopção de regras de direito internacional privado comuns aos Estados-Membro e a previsão de uma competência comunitária específica em matéria de direito internacional privado, cfr. RUI MOURA RAMOS, “Introdução ao Direito Internacional Privado da União Europeia”, in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, IUC, 2016, pp. 11-73 (pp. 39 e ss) e as amplas referências bibliográficas aí citadas.

do Conselho, de 27.11.2003 (relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental)⁴, o Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18.12.2008 (relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares) e os Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, do Conselho, de 24.06.2016⁵ (que implementam uma cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e de efeitos patrimoniais das parcerias registadas); na matéria afim das sucessões por morte foi adoptado o Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4.07.2012 (relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu).

A “europeização” não foi, no entanto, acolhida por todos os Estados-Membros: a Dinamarca, nos termos dos arts. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 22 relativo à posição da Dinamarca anexo ao TFUE, não participa nestes regulamentos assim como a Irlanda e o Reino Unido (arts. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 21.º anexo ao TFUE), sem prejuízo, quanto a estes últimos, da eventualidade de notificarem a sua intenção de *opt in*.

De facto, estes países foram revendo as suas posições, tendo decidido aprovar e/ou aplicar vários regulamentos. No âmbito específico das relações familiares e sucessórias internacionais, o Reino Unido e a Irlanda participaram na aprovação do Regulamento Bruxelas II-*bis*; a Irlanda participou na aprovação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18.12.2008 (obrigações alimentares) e o Reino Unido e a Dinamarca aplicam-no nos termos da Decisão 2009/451/CE da Comissão, de 8 de Junho de 2009, e do Acordo celebrado entre a CE e a Dinamarca e da Decisão 2006/325/CE do Conselho, de 27 de Abril de 2006, respectivamente.

⁴ Hoje revogado pelo Regulamento (UE) 2019/111 do Conselho, de 25.06.2019.

⁵ Algumas das considerações aqui feitas em relação às soluções do Regulamento 2016/1103, no que diz respeito à sua base legal e ao seu âmbito material de aplicação, já tinham sido objecto de uma primeira reflexão, necessariamente perfunctória, em HELENA MOTA, “A lei aplicável aos regimes de bens do casamento no Direito da União Europeia. Desenvolvimentos recentes”, in *Scientia Iuridica*, tomo LXIV, 2015, n.º 338, pp.187-214, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, in *RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, FDUP/CIJE, Junho 2017, pp. 1-33, <http://www.cije.up.pt/revistared> e ainda em “La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la Unión Europea. *The long and winding road.*”, in *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, [Mónica Guzmán Zapater e Carlos Esplugues Mota (Dir.) e Mónica Herranz Ballesteros e Marina Vargas Gómez-Urrutia (Coord.)], València, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 273-285.

A cooperação judicial em matéria de Direito da Família era, naturalmente, uma questão sensível pois as suas soluções jurídico-materiais e conflituais tangem com as singularidades axiológico-normativas de cada ordenamento jurídico, muito ligadas às suas particulares circunstâncias geográficas, históricas, sociais e políticas, sem paralelo noutras matérias civis ou comerciais.

Previu-se, por isso, um tratamento excepcional no próprio processo legislativo, nos termos do art. 81.º, n.º3, do TFUE, não sendo adoptado, como nas restantes matérias, um processo legislativo ordinário mas antes atribuída exclusiva competência ao Conselho que delibera por unanimidade, após consulta do Parlamento Europeu.

Este processo legislativo especial que exige unanimidade do Conselho (art. 81.º, n.º3, do TFUE) suscitou inúmeras dificuldades da adopção dos Regulamentos Europeus nestas matérias: exemplo disso foi o regulamento sobre a lei aplicável ao divórcio (Regulamento (UE) n.º 1259/2010) e os regulamentos sobre os regimes matrimoniais e os efeitos patrimoniais das parcerias registadas (Regulamentos 2016/1103 e 1104), que não se inserem nas iniciativas legislativas tomadas ao abrigo do art. 81.º, n.º2, c), do TFUE, mas constituem instrumentos de cooperação reforçada e que se aplicam somente em alguns Estados-Membros, tal como está previsto nos arts. 326º a 334º do TFUE.⁶

No caso do Regulamento sobre o divórcio internacional⁷, são 17 os Estados-Membros participantes e vinculados: a Bélgica, a Bulgária, a Alemanha, a Espanha, a França, a Itália, a Letónia, o Luxemburgo, a Hungria, Malta, a Áustria, Portugal, a Roménia, a Eslovénia, a Lituânia, a Grécia e a Estónia.⁸

⁶ Sobre a cooperação reforçada e o princípio da diferenciação no direito da UE, cfr. GRAÇA ENES FERREIRA, *Unidade e diferenciação no Direito da União Europeia. A diferenciação como um princípio estruturante do sistema jurídico da União.*, Coimbra, Almedina, 2017.

⁷ Entre nós, sobre o Regulamento 1259/2010, cfr. em especial RUI MOURA RAMOS, “Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia”, in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, IUC, 2016, pp. 183-236 e JOÃO GOMES ALMEIDA, *O divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2017, e referências bibliográficas citadas pelos AA.

⁸ Acresce que no que diz respeito aos critérios de competência, reconhecimento e execução de decisões no âmbito de um processo de divórcio ou separação judicial, os Estados-Membros que participam no regulamento *Bruxelas II bis* são 26 (todos os Estados-Membros à excepção da Dinamarca). Tal discrepância, nas palavras de RUI MOURA RAMOS, “Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia...”, *cit.*, pp.188-9, “introduz assim uma geometria variável no direito internacional privado do divórcio e da separação judicial dos Estados da União Europeia”. Não se deixa também de notar que alguns dos Estados-Membros que participam no regulamento do divórcio internacional não são participantes nos demais regulamentos: é o caso da Hungria, Letónia, Estónia, Lituânia e Roménia. Em sentido inverso, participando nos Regulamentos 2016/1103 e 1104, mas não no Regulamento 1259/2010, a República Checa, a Croácia, os Países Baixos, a Finlândia, a Suécia, o Chipre.

Já nos Regulamentos sobre os regimes matrimoniais e os efeitos patrimoniais das parcerias registadas, são 18 os Estados-Membros participantes e vinculados por estes Regulamentos e, entre eles, Portugal.⁹

2. Problemas de uniformização dos critérios de competência jurisdicional e os regulamentos de cooperação reforçada.

Os Regulamentos 2016/1103 e 1104 tentam eliminar, nos Estados-Membros participantes, os conflitos de jurisdições através da adopção de critérios uniformes de atribuição de competência jurisdicional que vai um pouco mais longe, ao estabelecer uma sintonia com o Regulamento n.º 650/2012 e com o regulamento Bruxelas II *bis* através da imposição de foros coincidentes: se uma acção de divórcio (ou de anulação ou dissolução de uma parceria registada) ou sucessória estiver pendente num Estado-Membro, a competência jurisdicional para apreciar a acção relativa aos efeitos patrimoniais quer do casamento quer de uma união registada será a desse mesmo Estado-Membro (arts. 4.º e 5.º dos Regulamentos 2016/1103 e 1104).

Os critérios de atribuição de competência nestes Regulamentos são, aliás, exaustivos e únicos, não se prevendo a aplicação subsidiária das regras internas dos Estados-Membros de atribuição de competência internacional¹⁰. Assim, haverá sempre a possibilidade de atribuir competência a um Estado-Membro participante, em última análise, como foro residual ou como *forum necessitatis* (arts. 10.º e 11.º).

Ora, esta espécie de “quadratura do círculo” fica aquém do que seria desejável uma vez que, precisamente, por se tratarem de regras aplicáveis somente nos Estados-Membros participantes, podem surgir problemas de competência concorrente com Estados-membros não participantes.¹¹

Imaginemos que um casal, residente habitualmente em Helsínquia, na Finlândia, com imóveis em Cracóvia, na Polónia, discute o seu regime de bens na constância do casamento. Não havendo foro automático, nos termos do art. 6.º, os órgãos jurisdicionais da Finlândia, país da sua residência habitual, são

⁹ Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo, Países Baixos, Finlândia, Suécia, Malta, Grécia, Chipre, Eslovénia, Bulgária, Áustria, República Checa e Croácia.

¹⁰ Ao contrário do que está previsto no art. 7.º, n.º1, do Regulamento Bruxelas II *bis* quanto às acções de divórcio ou anulação do casamento.

¹¹ Assim, cfr. ANNA WYSOCKA-BAR, “Enhanced cooperation in property matters in the EU and non-participating Member States”, in Wysocka-Bar, A. ERA Forum (2019) 20: 187. <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00562-0>, 21 May 2019, Springer Berlin Heidelberg, ISSN1612-3093, Online ISSN1863-9038. No texto fizemos uma adaptação do exemplo dado pela A.

competentes; mas os órgãos jurisdicionais da Polónia (Estado-Membro não participante) também se acham competentes e de forma exclusiva, de acordo com as suas regras internas de Processo Civil Internacional, uma vez que os imóveis se situam no seu território. A Finlândia não poderá deixar de se pronunciar sobre a propriedade do imóvel situado em Cracóvia uma vez que o art. 13.º do Regulamento 2016/1103 só admite “limitação de acção” quando se trate de uma acção sucessória (não é o caso) e a litispendência, invocável nos termos do art. 17.º, só se refere a acções interpostas noutros Estados-Membros *participantes* (também não é o caso). Deste modo, a decisão finlandesa corre o risco de não ser reconhecida e executada na Polónia quer porque houve violação da competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais deste Estado quer por ter havido uma decisão polaca, ainda que mais tardia, sobre o mesmo imóvel. E de todo o modo, havendo limitação de acção nos termos do art. 13.º, irão surgir casos em que o património do cônjuge sobrevivente e o seu regime matrimonial será regido por duas leis diferentes, caso alguns bens da herança estejam situados em Estados terceiros sobre os quais terão jurisdição¹².

Outros problemas surgem no caso da articulação do Regulamento 1259/2010 relativo à lei aplicável ao divórcio e as regras de competência e reconhecimento de decisões constantes do Regulamento Bruxelas IIbis. De facto, neste último, a falta de previsão de um *forum necessitatis* pode convocar alguns problemas de compatibilização, em especial sabendo que os Estados-Membros vinculados são em considerável maior número do que aqueles que participam no Regulamento 1259/2010: imaginemos que A, espanhol, casa com B, holandês, em Espanha e o casal vai residir em Budapeste. Os tribunais competentes são os tribunais húngaros (art. 3.º, n.º1, a), §1) que apesar de participarem no Regulamento 1259/2010 podem não pronunciar o divórcio ao abrigo do art.13.º, mesmo que seja aplicável a lei espanhola, como lei escolhida nos termos do art. 5.º.^{13 14}

Do mesmo modo, a autonomia conflitual permitida, ainda que em termos limitados pelo Regulamento 1259/2010, no seu art. 5.º, pode revelar-se ineficaz se um dos cônjuges interpõe a acção no tribunal de um Estado-Membro que não é Estado-Membro participante, com a agravante de a sua decisão ter de

¹² Assim, DAGMAR COESTER-WALTIJEN, «Connecting factors to determinate the law applicable to matrimonial property regimes...», *cit.*, p.200.

¹³ PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, n.º 7913, Sec. Tribuna, 31 Jul 2012, Ano XXXIII, ed. La Ley.

¹⁴ A estes problemas já nos tínhamos referido em HELENA MOTA, “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, in *RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, FDUP/CIJE, Fevereiro 2015, <http://www.cije.up.pt/revistared>

ser reconhecida, nos termos do Regulamento Bruxelas IIbis. Este mesmo Estado-Membro poderá também declarar anulável um casamento validamente celebrado noutro Estado-Membro, uma vez que a questão da validade do casamento está excluída do âmbito de aplicação material do regulamento 1259/2010 e este deverá reconhecer a decisão.¹⁵

3. Problemas de diversidade de soluções, nos Estados-Membros, quanto à existência e validade do casamento e o âmbito material dos regulamentos de cooperação reforçada.

Nos termos do art. 1.º, n.º 2, b), do Regulamento 2016/1103, está excluída do âmbito de aplicação material do Regulamento a questão da existência, validade ou reconhecimento de um casamento.

Acresce o Considerando 17:

“O presente regulamento não define o termo “casamento”, cuja definição incumbe às legislações nacionais dos diferentes Estados-Membros”,

E, ainda, o Considerando 21:

“o presente regulamento não deverá ser aplicável a outras questões preliminares tais como a existência, validade ou o reconhecimento de um casamento, que continuam a ser abrangidas pelas legislações nacionais dos Estados-Membros, nomeadamente pelas respetivas regras de direito internacional privado”.¹⁶

O Regulamento 2016/1103 não regula assim a validade do casamento (não indicando a lei aplicável para apreciar esta questão que será designada pelo DIP do foro) no que pode resultar uma dificuldade da sua aplicação relativamente a Estados que tenham diferentes regras sobre a existência e validade do casamento, em particular no que concerne ao casamento de pessoas do mesmo sexo, instituição desconhecida ou mesmo proibida em vários ordenamentos jurídicos, mesmo no seio da UE.

A questão não é nova: trata-se, no fundo, de resolver uma “questão prévia” à aplicação das regras de direito internacional privado. E a questão prévia será resolvida no contexto das regras de direito internacional privado do foro.¹⁷

¹⁵ PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *cit.*

¹⁶ Em termos idênticos ao Considerando 10 do Regulamento 1259/2010, em matéria de divórcio internacional.

¹⁷ Parece que o legislador europeu adoptou, neste caso, uma das possíveis posições dogmáticas em relação à “questão prévia em DIP”, refutando a teoria mais conhecida de WENGLER, *Die Vorfrage*

Se, por hipótese, se pede aos órgãos jurisdicionais portugueses, competentes em virtude da residência habitual dos cônjuges (art. 6.º do Regulamento) para determinarem o regime de bens do casamento celebrado em Rabat entre A, de nacionalidade marroquina, ainda casado com C, e B, também marroquina, a questão da validade deste casamento poligâmico, prévia à determinação do seu regime de bens, teria de ser resolvida, se suscitada, nos termos do art. 49.º do Código Civil. E se é certo que a lei aplicável (lei nacional dos cônjuges) não encontra obstáculos à validade deste casamento poligâmico, o tribunal português poderia considerá-lo inválido por aplicação do art. 22.º e da reserva de ordem pública do Estado português.

De facto, se o casamento e as suas condições de existência e validade são deixados à apreciação do Direito Internacional Privado dos Estados-Membros, qualquer casamento celebrado num Estado terceiro em condições tais que afetem a reserva de ordem pública internacional do Estado-Membro do foro (casamento de menores de 16 anos, casamento poligâmico, casamento com parentes em linha recta ou no 2.º grau da linha colateral, casamento simulado (?)...) não será aí reconhecido nem ser-lhe-ão atribuídos os efeitos patrimoniais pretendidos.

im Kollisionrecht, RabelsZ., 1934, pp.148 e ss, segundo a qual a “questão prévia” seria resolvida não pelo DIP da *lex fori* mas segundo o DIP da *lex causae*, i.e, no caso, pelo DIP da lei aplicável nos termos do Regulamento aos efeitos patrimoniais do casamento. Mas, como refere BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 1992, p.302, há que distinguir a verdadeira “questão prévia” (para a resolução da qual o A. (p.302) também defende a teoria da conexão subordinada, i.e, “a “questão prévia” enquanto tal deverá subordinar-se, em regra, ao DIP da lei aplicável à questão principal e não deverá ser conectada autonomamente através do DIP da *lex fori*”) de outros problemas semelhantes (mas diferentes) usando para isso o critério da referência pressuponte. Para o A. nas hipóteses de “questão prévia” verifica-se uma referência pressuponte da lei reguladora da situação jurídica condicionada a uma situação jurídica condicionante “em que esta constitui um simples pressuposto de facto a que a lei da situação condicionada faz produzir efeitos *ulteriores*” (p.303). O que já não acontece quando se trata de efeitos próprios da situação jurídica “preliminar”. No caso dos efeitos patrimoniais do casamento, tais efeitos são efeitos próprios da questão preliminar que é a “existência e validade do casamento”: “...assim, se a questão principal é, por exemplo, uma questão relativa ao conteúdo da relação matrimonial (por exemplo uma questão de alimentos) não pode de modo algum pensar-se em resolver a questão prévia da existência do casamento por outra lei que não seja a designada pelo DIP do foro. Aqui não está em causa a repercussão de uma questão jurídica sobre a outra (p. 303)”. Ou seja, para haver remissão pressuponte e uma verdadeira “questão prévia” que seria resolvida pelo DIP da *lex causae* era necessário que a lei material aplicanda (à questão principal) se reportasse à situação jurídica condicionante como um *puro facto não autónomo* meramente pressuposto e não causal. Neste caso, parece que a existência de um casamento (válido) é causal em relação ao problema normativo do regime matrimonial patrimonial desse casamento. O A. refere um exemplo semelhante: o divórcio (p.305); “a existência de um casamento válido é condição necessária para que se ponha sequer o problema do divórcio. Nem se concebe de forma alguma que a relevância ou irrelevância do *dado* “existência e validade do casamento” para efeitos de divórcio dependa do regime material a que o estatuto do divórcio submete este. Não temos aqui uma hipótese de questão prévia e não poderá atender-se, portanto, senão ao DIP da *lex fori*”.

O mesmo problema é suscitado a propósito da validade dos casamentos de pessoas do mesmo sexo, questão que é, no entanto, mais delicada, uma vez que o art. 8.º da CEDH e os arts. 21.º e 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE asseguram uma noção ampla de família e de protecção da vida privada e familiar que implicariam o reconhecimento de efeitos a estas relações.

Nos Estados-Membros que não participam no Regulamento, a Estónia, Letónia, Lituânia, Polónia, Eslováquia, Hungria e a Roménia não consideram o casamento de pessoas do mesmo sexo válido ou sequer o definem como tal; à excepção da Hungria, nestes Estados Membros, o casamento é definido *constitucionalmente* como união de pessoas de sexo diferente. Na Bulgária, que participa no Regulamento, o casamento de pessoas do mesmo sexo é igualmente inválido, assim como na Itália, Grécia, Chipre, República Checa e Eslovénia, todos Estados-Membros participantes, mas que não consideram o casamento de pessoas do mesmo sexo válido ainda que contenham legislação sobre uniões de facto registadas do mesmo sexo, em alternativa.

No Ac. *Coman* (TJUE de 5.06.2018; Proc. C-673/16) colocou-se em causa, ainda que indirectamente¹⁸, o conceito de “cônjuge” na União Europeia.

Houve um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional romeno sobre a interpretação de várias normas da Directiva 2004/38/CE do PE e do Conselho, de 29.04.2004, relativas ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros; tinha havido um pedido de concessão de residência superior a três meses na Roménia de um cidadão americano casado com um cidadão de dupla nacionalidade romena e americana, pedido esse que lhe fora negado pelas autoridades romenas pelo facto de, não sendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo reconhecido e válido na Roménia, o cidadão não ser membro da família e não ter direito ao prolongamento da residência temporária ao abrigo do reagrupamento familiar.

O Tribunal Constitucional Romeno questiona assim o TJUE sobre se “o termo “cônjuge” (constante daquela Directiva) abrange o cônjuge do mesmo sexo (nacional de um Estado terceiro) de um cidadão da UE com o qual o cidadão se tenha legalmente casado ao abrigo de uma lei de um Estado Membro diferente do Estado de acolhimento; e (sendo a resposta afirmativa) se a mesma Directiva exige que o Estado-Membro de acolhimento conceda o direito de residência no seu território ou por um período superior a três meses ao cônjuge do mesmo

¹⁸ Cfr. Pietro Franzina, “Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU Private International Law”, *Yearbook of Private International Law, ..., cit*, p.186, considerando que a relevância desta decisão para a interpretação das regras de direito internacional privado da UE é, no máximo, indirecta, e que é apenas inegável que a UE pode produzir legislação em que o termo “casamento” tem uma densificação *européia* que implica casamento de pessoas do mesmo ou de diferente sexo.

sexo de um cidadão da UE ou (sendo negativa) se o dito cidadão pode ser qualificado como “qualquer outro membro da família” ou “parceiro com quem o cidadão da UE mantém uma relação permanente devidamente certificada” para efeitos daquela Directiva e com os mesmos efeitos.

O TJUE, para além de ter decidido que o art. 21.º, n.º1, do TFUE “deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que as autoridades competentes do Estado Membro de que o cidadão da União é nacional se recusem a conceder um direito de residência no território desse Estado-Membro ao referido nacional de um país terceiro, pelo facto de o direito do referido Estado-Membro não prever o casamento de pessoas do mesmo sexo...e que este cidadão dispõe de um direito de residência que não pode ser sujeito a condições mais estritas do que as previstas no art. 7.º da Directiva 2004/38”, disse também algo importante relativamente à possível invocação da Ordem Pública Internacional pelo Estado-Membro que não reconhece, até mesmo constitucionalmente, o casamento de pessoas do mesmo sexo: considerou o TJUE que este conceito de ordem pública, *quando esteja em causa a derrogação de uma liberdade fundamental prevista nos Tratados*, deve ser entendido em sentido estrito e o seu alcance não pode ser determinado de modo unilateral, sem fiscalização das instituições da União e que o reconhecimento por um Estado-Membro de um casamento de pessoas do mesmo sexo *para efeitos de concessão de um direito de residência derivado* não viola a instituição do casamento nesse Estado-Membro tal como está definida no direito nacional.

Tendo dado resposta afirmativa às primeiras questões, o Tribunal não se pronunciou sobre a segunda hipótese que passaria pela alternativa de considerar que, não havendo casamento entre os dois cidadãos, existiria uma relação familiar com efeitos semelhantes do ponto de vista do direito de residência ao abrigo da Directiva.

A *transcendência*¹⁹ desta decisão é incerta. Se, por um lado, é evidente a afirmação de conceito de *cônjuge europeu* que inclui pessoas do mesmo ou de diferente sexo para efeito do gozo de liberdades comunitárias, em particular, as densificadas na Directiva 2004/38, não resulta da decisão uma imposição de reconhecimento de determinado tipo de casamento para os Estados-Membros. É inegável que será muito difícil, ou até insuportável do ponto de vista social, que aqueles mesmos cidadãos possam gozar do direito de residência previsto na Directiva e serem “cônjuges” para esses efeitos e já não para outras questões

¹⁹ Usando a expressão de SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, n.º 56, 28 de Fevereiro de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

jurídicas que os afectem.²⁰ Desse ponto de vista, o Ac. *Coman* pode ter valor simbólico e catalisador.²¹

De todo o modo, toda a questão em torno do conceito de casamento e do âmbito material do Regulamento 2016/1103 pode estar a ser mal formulada ou ser, no limite, uma quase *falsa questão*.

Em primeiro lugar há que distinguir entre o problema do próprio âmbito material do Regulamento que exclui, nos termos do art. 1.º, n.º 2, b), “a existência, validade ou reconhecimento do casamento”, e a omissão de uma definição de casamento, no âmbito do art. 3.º, para os mesmos efeitos.

De facto, o Regulamento deixa, nos termos do Considerando 17, a definição do termo “casamento” para as legislações *nacionais* dos Estados-Membros e considera, de acordo com o Considerando 21, que a existência, validade e reconhecimento do casamento são questões preliminares ou prévias também a resolver nos termos das legislações nacionais dos Estados-Membros, *nomeadamente pelas respectivas regras de direito internacional privado*. Não parece que haja aqui qualquer contradição. De facto, as questões preliminares ou prévias serão sempre resolvidas pelas regras de direito internacional privado; já a definição de casamento só poderia ser dada pelo direito material ou substantivo de cada Estado Membro.²²

Poder-se-ia argumentar que o problema dos casamentos do mesmo sexo, *enquanto definição de casamento*, não seria uma mera questão prévia a resolver pelo DIP do foro; que seria diferente, por exemplo, de uma questão de validade formal de um casamento privado ou a validade substancial de um casamento poligâmico ou de menores de idade; que implicaria, num sentido redutor e essencial, a própria desconsideração da questão do ponto de vista do DIP uma vez que

²⁰ Assim, SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc.cit.*, p.4.

²¹ SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc.cit.*, p. 2, considera que poderá ser uma “força motriz” de futuras alterações legislativas. O A. vai mais longe considerando que esta decisão pode influenciar, com alguns ajustes interpretativos, a compreensão do termo “cônjuge” para efeitos do art. 26.º, n.º 2, b), do Regulamento 650/2012 e do art. 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

²² Neste sentido, cfr. DAGMAR COESTER-WALTJEN, «Connecting factors to determinate the law applicable to matrimonial property regimes», in *Yearbook of Private International Law*, vol.19 (2017/2018), pp. 195-211 (p. 198). A A. entende justificado o teor do Considerando 17, o qual determina que a definição do conceito de “casamento” seja deixada não à *lex causae* (lei aplicável aos regimes matrimoniais) mas à própria *lex fori* uma vez que aquela poderia ser a lei de um Estado terceiro, dada a aplicação universal do Regulamento 2016/1103. Daqui resulta que a redacção do Considerando 17, por um lado, e as redacções do Considerando 21 e do art. 9.º, por outro, sejam diferentes: a primeira sobre a questão de saber se aquela relação jurídica pode sequer considerar-se um *casamento* ao qual se possa aplicar o Regulamento e as segundas referem-se à lei que vai determinar a validade do casamento nos termos de uma questão prévia, o que, para a A. faz todo o sentido ainda que admita que uma definição autónoma, nos termos do regulamento, de *casamento*, poderia evitar muitos prolemas e assegurar uma aplicação uniforme do Regulamento.

se trataria de uma instituição desconhecida no foro e, por tanto, insusceptível de ser considerada nos termos do Regulamento, sendo impossível a sua aplicação.

Mas, pode refutar-se tal argumento: não nos parece que a questão possa ser mais determinante da (não) aplicação do Regulamento do que a própria existência do casamento indicada como questão prévia quer no art. 1.º, n.º 2, b), quer no Considerando 21. Basta pensar que em Portugal, ainda mesmo antes da alteração do art. 1577.º e da noção ou conceito de casamento, por força da Lei 9/2010, de 31.05, a questão era enquadrada conflitualmente nos termos do art. 49.º e não havia qualquer dificuldade oferecida pela própria *noção* de casamento.²³

Assim, mesmo como instituição desconhecida no foro, pode ser considerada conflitualmente: isto é, nos países em que o casamento de pessoas do mesmo sexo não é admitido, a definição, enquanto questão prévia, da existência, validade ou reconhecimento deste casamento dependeria de uma regra de conflitos que sendo, previsivelmente inexistente, passaria por aplicação analógica das regras de conflitos do casamento (como no DIP português, por aplicação do art. 49.º) ou consideração dessas regras através de uma interpretação ampla, teleológica do seu conceito-quadro²⁴.

De resto, mesmo nos Estados-Membros em que o casamento em questão (casamento de pessoas do mesmo sexo) é inválido ou inexistente, a solução numa relação privada internacional (sem prejuízo das considerações de ordem pública) é autónoma do direito interno, como acontece, entre nós, no caso do art. 64.º, c), ou no art. 54.º do CC.

E, a questão perde ainda mais *transcendência* se considerarmos a solução do art. 9.º

De facto, nos termos do Regulamento, o órgão jurisdicional reputado como competente nos termos do Regulamento pode também, *a título excepção-*

²³ Cfr. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 642 e ss.

²⁴ Que será, nessa acepção, um *conceito-questão* tal como o apelidou JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 1992, p.65. O conceito-quadro da regra de conflitos é assim interpretado, para a doutrina portuguesa, por uma referência nuclear ao direito material do foro mas que fica aberta a outras soluções jurídicas “não incomensuráveis”, na expressão de ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, Petrony, 1964, pp.170 e ss. que demonstram a sua natureza “elástica” também na expressão de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p.204, assente na determinação da função sócio-jurídica de determinada regra de conflitos, ou das categorias que ela prevê, e para a qual o legislador do foro julgou adequada e conveniente a adopção de determinado elemento de conexão. Ainda, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The General Part of the Portuguese PIL Codification”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 14,(2012/2013), p. 164.

nal, recusar essa competência se e quando *nos termos do seu direito internacional privado* não reconhecer o casamento de cujo regime de bens se discute, nos termos do art. 9.º. Nesse caso, o foro alternativo será aquele que os cônjuges escolherem, nos termos do art. 7.º, ou o foro determinado nos termos do art. 6.º ou 8.º ou, ainda, o foro do Estado-Membro do local da celebração do casamento²⁵. Esta declinação de competência não poderá ser invocada se as partes já tiverem obtido uma decisão de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento que seja susceptível de ser reconhecida no Estado-Membro do foro, pois fenece-lhes-ia fundamento, uma vez que está em condições de reconhecer o mesmo casamento para estes efeitos (cfr. art. 9.º, n.º3).

E naturalmente que o art. 9.º do Regulamento, ao permitir declinação de justiça, teria de estar a referir-se a situações em que o casamento em questão não pode de todo o modo ser reconhecido no Estado Membro do foro, o que é diferente de aí não ser válido ou sequer existente: pois como questão prévia, ao aplicar-se a regra de conflitos pode daí resultar a aplicação de uma lei (por exemplo a lei nacional ou a lei do lugar da celebração do casamento) que considera tal casamento válido; numa situação como esta será normal a invocação pelo estado do foro da OPI mas pode suceder que considere neste caso uma versão atenuada desta OPI, tratando-se de meros efeitos patrimoniais do casamento, e o reconheça (ainda que não o considere válido) não invocando então o art. 9.º.

Mas foram ainda aventadas ainda outras soluções: estes Estados poderiam aplicar o Regulamento 2016/1103 limitando-se a reconhecer, não a validade do casamento ou o estado civil criado no estrangeiro, mas apenas a situação factual à qual atribuiriam efeitos patrimoniais nos termos da lei designada pelo

²⁵ Para PIETRO FRANZINA, “Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, ..., cit, p.185, o art. 9.º contém múltiplas interpretações: respeito, nos termos do art. 67.º, n.º1, do TFUE, da autonomia dos Estados-Membros em legislarem em matérias substantivas de direito da família, encorajando a ampla participação dos Estados-Membros, independentemente das suas posições em relação, por exemplo, à questão do casamento de pessoas do mesmo sexo (tal como o art. 13.º do Regulamento Roma III); evitar, através dos critérios alternativos de jurisdição, nestes casos, situações de denegação de justiça; implicar, e apesar de o Considerando 17 aparentemente o negar ao excluir a definição de casamento do âmbito material do regulamento, uma noção autónoma ampla de casamento, que pode incluir os casamentos de pessoas do mesmo sexo, ainda que o Estado-Membro do foro, no seu direito material, os não considere como tal. De facto, o art. 9.º, a ser aplicado e ter efeito útil, significa que o Estado-Membro do foro que não reconhece o casamento (ou o considera inválido ou inexistente no seu direito interno, ainda que essa questão não seja relevante porque pode reconhecê-lo por via da aplicação da lei aplicável nos termos do seu direito dos conflitos e recorrendo a uma versão atenuada da OPI), e *que é um casamento nos termos do Regulamento*, pode declinar competência jurisdicional. Caso contrário, o Estado-Membro não aplicaria o Regulamento e *também* o art. 9.º.

Regulamento — no fundo, aplicando uma versão atenuada da OPI²⁶; ou interpretando o Considerando 17 como referindo-se à legislação nacional do *lugar da celebração ou do registo do casamento*²⁷ ou recorrendo a uma espécie de *downgrading* da relação, considerando este casamento como uma parceria registada, submetendo-a assim à aplicação do Regulamento 2016/1104 cujas regras são, no essencial, muito semelhantes. Foi, antes de 2017, a solução preferida na Alemanha²⁸, e noutros países cujas leis nacionais não reconhecendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, admitem a união de facto registada de pessoas do mes-

²⁶ Sobre a aplicação atenuada da Ordem Pública Internacional, cfr. no direito português FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 414-6, BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 1992, p.267, RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002. Cfr. ainda a abundante jurisprudência espanhola em casos de dissolução ou liquidação do regime de bens de casamento poligâmico ou em situações de repúdio da mulher, reconhecendo direitos sucessórios, obrigações de alimentos ou pensões compensatórias, citada por PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valência, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2016, pp. 376-378.

²⁷ Defendendo esta teoria do “State of origin”, cfr. ANATOL DUTTA, «Beyond husband and wife — new couple regimes and the European property regulations», in *Yearbook of Private International Law*, vol.19 (2017/2018), pp. 145-157. O A. defende uma interpretação do Considerando 17 em termos tais que por “legislação nacional” se entende “lei do lugar da celebração ou registo do casamento”, vendo neste Considerando 17 uma regra de conflitos, sobre a própria noção de casamento, que remeteria para aquela lei; para o A. esta regra de conflitos é diferente da que resulta, como questão prévia, para apreciar a existência e validade do casamento. O A. não considera que esta interpretação seja *contra legem* uma vez que não se trata de uma interpretação de um dado normativo, mas, tão-somente, de um Considerando. Contra, DAGMAR COESTER-WALTJEN, «Connecting factors to determinate the law applicable to matrimonial property regimes...», *cit.*, p.198, nota 10, afirmando, com razão, que tal interpretação não tem qualquer apoio na letra do Considerando. Em qualquer caso, não se percebe verdadeiramente a utilidade (ou a necessidade) desta interpretação em certo sentido *abrogante* do Considerando uma vez que nem parece impossível aplicar o Regulamento porque o casamento de pessoas do mesmo sexo é “instituição desconhecida” no foro ou mesmo proibida (já não falando da possibilidade de invocação do art. 9.º) nem tal interpretação vai impedir os Estados-Membros do foro de avaliar a validade (e existência) do casamento nos termos das suas regras de conflitos, como questão prévia, eventualmente com o mesmo desfecho, i.e, invocação da OPI se a lei aplicável considerar o casamento em questão válido.

²⁸ Cfr. ANGELIKA FUCHS, “Registered partnership, same sex marriage and the children: crossing borders”, *RDIPP*, Ano LII, n.º2, Abril-Junho, pp. 445-460, p. 449-50, SILVIA MARINO, “Strengthening...”, *loc. cit.*, p. 268. Ainda no mesmo sentido da possibilidade de *downgrading*, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, “The proposal for a council resolution on the property consequences of registered partnerships”, *YPIL*, vol. XIII, 2011, pp. 183-198, (p. 186-7) e ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas...”, *cit.*, p. 945. Contra, cfr. ANATOL DUTTA, «Beyond husband and wife — new couple regimes and the European property regulations...», *cit.*, p.150. O Ac. *Coman* (TJUE de 5.06.2018; Proc. C-673/16) poderia ser interpretado contra esta possibilidade de *downgrading* mas não nos parece que dele se possa extrair essa conclusão até porque em relação à outra questão suscitada pelo Tribunal Constitucional romeno, a de saber se, não existindo casamento, a relação poderia ser considerada familiar com semelhantes efeitos

mo sexo, sendo essa precisamente a solução pela qual os esposos teriam optado se acaso residissem habitualmente nesses países.²⁹

4. A europeização das regras de conflitos familiares e sucessórias e os sempiternos problemas de qualificação: a actuação do TJUE.

Se podemos, pelo menos no presente momento, concluir que a tentativa de unificar *integralmente* os sistemas conflituais dos Estados-Membros, em especial no que concerne às relações familiares transnacionais, está bastante comprometida, é verdade que ela nunca podia pretender ser completa: mecanismos de defesa dos ordenamentos jurídicos quer por via da ordem pública internacional quer pelas normas de aplicação imediata ou até pelos mecanismos tradicionais de flexibilização do sistema conflitual, como a cláusula de excepção, sempre deixariam um espaço aberto a decisões díspares tomadas pelos órgãos jurisdicionais dos diferentes Estados-Membros.

Do ponto de vista da interpretação e delimitação dos conceitos próprios das categorias normativas das regras de conflitos dos Regulamentos, foi sempre sublinhado seu carácter autónomo, independente dos Estados-Membros, com vista à aplicação uniforme dos Regulamentos.³⁰ O que corresponde a uma meia verdade. A tarefa de qualificação não se fica por um primeiro momento de interpretação do conceito-quadro, mas passa igualmente pela caracterização das soluções jus-materiais que, na lei aplicável, a *lege causae*, serão seleccionadas, em virtude dessa caracterização e da função que aí desempenhem, em ordem a subsumir-se — por responderem, no essencial, ao seu perímetro conceptual e funcional — à regra de conflitos e ao seu conceito-quadro^{31 32}.

do ponto de vista da aplicação da Directiva, o tribunal europeu não se chegou a pronunciar por considerar que a resposta estaria prejudicada pela apreciação que fez à primeira pergunta.

²⁹ Cfr. SILVIA MARINO, “Strengthening...”, *loc. cit.*, p. 268.

³⁰ Cfr. o Considerandos 18 do Regulamento 2016/1103: “para efeitos do presente regulamento, o termo “regime matrimonial” deverá ser interpretado de forma autónoma e incluir...”. Esta interpretação autónoma que visa garantir a aplicação uniforme dos Regulamentos e o seu efeito, digamos útil, foi afirmada em várias decisões do TJUE: *Eurocontrol* (Proc. C-364/92), *Peters* (C-34/82), *Van den Boogard* (C-220/95), *Kornhaas* (594/14).

³¹ Também neste sentido, cfr. AFONSO PATRÃO, “A renúncia recíproca à condição de legitimário em Direito Internacional Privado: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial”, *a publicar, Julgar*, n. °40, Janeiro-Março de 2020 (*gentilmente cedido pelo A.*).

³² Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The General Part of the Portuguese PIL Codification”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 14,(2012/2013), p. 165: *it seems that the methodology developed in the Portuguese PIL for delimiting the state of the facts would be suitable for these rules. The same may be said of the limited material scope of the reference.*

Este passo da qualificação é, aliás, aquele que é referido no art. 15.º do Código Civil que assentando na interpretação funcional e teleológica das categorias normativas presentes na previsão da regra de conflitos (num primeiro momento), dirige-se no essencial (num segundo momento) à seleção das normas matérias aplicandas, caracterizando-as à luz do ordenamento a que pertencem; sem essa caracterização, o legislador conflitual do foro e, a jusante, o intérprete não podem cotejar o sentido e alcance da regra de conflitos com a norma material aplicanda para sustentar a sua aplicação (num terceiro e derradeiro momento).³³

Daí que, mesmo recentemente, tenham sido suscitadas dúvidas quanto à subsunção de determinadas normas dos direitos nacionais às regras de conflitos dos regulamentos: ou seja, se perante determinada soluções jus-materiais, o órgão jurisdicional do Estado-Membro vinculado a um regulamento deveria aplicá-lo (ou aplicar um outro a que também está vinculado). Ou seja, da diversidade do direito substantivo vão (continuar) a resultar problemas conflituais. Porque a análise das legislações nacionais, no respectivo quadro e contexto, não está arredada nem é evitada pela interpretação autónoma dos regulamentos.

No DIP europeu das Sucessões internacionais surgiram recentemente dúvidas quanto ao âmbito de aplicação material do Regulamento das Sucessões Internacionais.

Foi o caso do Ac. TJUE (Kubicka) de 12.10.2017 (Proc. C-218/16), em face de um pedido de decisão prejudicial que teve por objecto a interpretação do art. 1.º, n.º2, alíneas k) e l), e do art. 31.º deste Regulamento.

Os factos *sub iudice* resumem-se deste modo: A.Kubicka, de nacionalidade polaca e residente na Alemanha com o marido e dois filhos, menores, quer fazer um testamento através do qual lega ao marido a sua quota parte (50%) na casa de morada de família na qual é, com ele, proprietária; dirige-se a um notário polaco para fazer um legado vindicatório (com efeitos reais) nos termos da lei polaca que prevê este tipo de legados. O notário recusou a feitura do testamento alegando que o mesmo não seria eficaz na Alemanha, país da situação do imóvel, e consubstanciaria, por isso, um acto ilícito que lhe estava vedado. A razão pela qual o legado não seria eficaz prendia-se com o facto de a lei alemã não reconhecer este tipo de legados mas tão-somente os legados obrigacionais

³³ Momentos estes que correspondem ao método de resolução dos três problemas que Ferrer Correia (António Ferrer Correia, *O problema da qualificação segundo o novo direito internacional privado português*, Coimbra, Separata do *BFD*, vol. XLIII, 1967, pp. 5-47, (p.16) identifica claramente no texto do art. 15º: qual é o objecto da regra de conflitos? É constituído pelas regras de direito material da lei designada como competente; quais são as normas aplicáveis dessa lei? Somente as normas correspondentes à categoria visada na regra de conflitos; quais os critérios e elementos a levar em conta no processo de recondução dessas normas à categoria da regra de conflitos? O conteúdo próprio dessas normas e a função que desempenhem no mesmo sistema.

que geram um direito de crédito para o legatário sendo necessária a escritura pública de transmissão da propriedade celebrada pelo herdeiro (neste caso os filhos menores de A.Kubicka) em favor do legatário e só aí se poderia efectuar o registo da propriedade do bem objecto do legado em favor do legatário.

A questão acabou por chegar por via de reenvio prejudicial ao TJUE a fim de determinar, muito resumidamente, se estando o legado vindicatório incluído no âmbito da *lex successionis* prevista no Regulamento das Sucessões (lei polaca escolhida) em que medida a *lex rei sitae* pode limitar os efeitos reais que ele produza à luz dessa lei, sabendo que a “natureza dos direitos reais” está excluída do âmbito de aplicação material do Regulamento (art. 1.º, n.º2, k)) assim como “a inscrição num registo de direitos sobre um bem imóvel ou móvel, incluindo os requisitos legais para essa inscrição, e os efeitos dessa inscrição ou não inscrição desses direitos no registo” (art. 1.º, n.º2, l). Para além disso, o art. 31.º do Regulamento determina que sempre que alguém invocar um direito real sobre um bem a que tem direito nos termos da *lex successionis* que não seja reconhecido como tal no Estado-Membro em que o direito é invocado, esse direito deve ser adaptado ao direito real equivalente mais próximo previsto na lei desse Estado.

Também em resumo, o TJUE considerou o seguinte:

- a o direito real que aqui está em causa — o direito de propriedade — é conhecido e reconhecido tanto na Alemanha quanto na Polónia, pelo que a questão não seria resolvida nos termos do art. 31.º.
- b o que aqui está em causa não é uma divergência entre a *lex successionis* e a *lex rei sitae* sobre a “natureza do direito real” (é o mesmo, a propriedade) transmissível pelo legado mas antes a modalidade da sua transmissão e posterior aquisição: imediata nos termos do legado vindicatório polaco e mediata nos termos da lei alemã que o adapta para um legado obrigacional, exigindo a anterior escritura pública de transmissão da propriedade; neste termos a hipótese não cai no âmbito da exclusão da alínea k) do art. 1.º, n.º2, do Regulamento.
- c as condições em que os direitos reais sobre imóveis e imóveis são adquiridos não constam das matérias excluídas pela alínea l) do art. 1.º, n.º2 do Regulamento, que se referem tão-somente à exigência de registo e às condições da sua efectivação, pelo que a *lex rei sitae* ter-se-ia que limitar a estes aspectos e não àqueles que se mantêm no âmbito da competência da *lex successionis* designada pelo Regulamento.

Em resumo, o entendimento do tribunal foi no sentido de interpretar estas normas do Regulamento no sentido de que se opõem à recusa de reconheci-

mento por uma autoridade de um Estado-Membro dos efeitos reais de um legado vindicatório feito à luz da lei aplicável à sucessão, pelo facto de a sua própria legislação não reconhecer este legado com efeitos imediatos à data da abertura da sucessão³⁴.

Na doutrina alemã esta decisão do TJUE não caiu bem³⁵; para o direito alemão não se trata aqui somente de uma diferença de modalidades de transmissão da propriedade; o registo é constitutivo de direitos (sendo apenas rectificativo quando a propriedade é inequívoca como acontece com o herdeiro, mas não com o legatário) e a existência do título é irrelevante para a constituição do direito real que dele abstrai. E esta interpretação vai criar dificuldades, provavelmente intransponíveis, aos registadores alemães que não terão, sem o negócio (ou a decisão) de transferência de propriedade, maneira de efectuar o registo.

A articulação entre os âmbitos materiais dos Regulamentos 2016/1103 e 650/2012 já foi também colocada perante o TJUE.

No acórdão *Mahnkopf*³⁶ discutiu-se, em sede de reenvio prejudicial, se o âmbito material de aplicação do Regulamento n.º 650/2012, definido pela positiva no seu art. 1.º, n.º1, incluiria disposições do direito nacional — no caso, o §1371, n.º1, do BGB alemão — que regulam o regime matrimonial de bens após o falecimento de um dos cônjuges, através do aumento da quota hereditária do outro cônjuge, nomeadamente para efeitos de tal aumento ser incluído como direito sucessório do cônjuge sobrevivente no Certificado Sucessório Europeu. Ou seja, esta interpretação que se pede ao TJUE passa pela qualificação e subsequente determinação do conceito “sucessões por morte” a fazer autonomamente pelo próprio Regulamento, delimitando de outras questões jurídicas excluídas nos termos do art. 1.º, n.º2, do Regulamento, entre as quais “as relacionadas com os regimes de bens” (art. 1.º, n.º2, d), do Regulamento n.º 650/2012 e Considerandos 11 e 12).

A resposta do TJUE neste acórdão *Mahnkopf* foi positiva, isto é, considerou o tribunal que este tipo de disposições está abrangido pelo âmbito de aplicação do referido Regulamento, e, consequentemente, passível de ser incluída no Certificado Sucessório Europeu.

³⁴ Em sentido convergente, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registationis* a propósito de los legados vindicatórios, *CDT*, Março 2018, vol.10, n.º1, pp. 70-93 e SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “LEGATUM PER VINDICATIONEM Y REGLAMENTO (UE) 650/2012, *La Ley Unión Europea*, Nº 55, 2018, Editorial Wolters Kluwer.

³⁵ Entre nós, CHRISTIAN BALDUS, “O poder dos conceitos, o preço do sistema? o Sistema do regulamento sobre sucessões nas primeiras conclusões de um advogado-geral: TJUE, C-218/16, Kubicka, *BFD*, v.93, t.2 (2017), pp.753-770.

³⁶ Acórdão do TJUE de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*.

A argumentação do TJUE no acórdão *Mahnkopf* é relevante para esclarecer questões semelhantes que podem ser suscitadas no âmbito do direito português: estamos a referir-nos, em concreto, ao art. 1719.º do CC, que prevê a possibilidade de se incluir na convenção antenupcial uma disposição nos termos da qual a partilha de bens após a *dissolução do casamento por morte*, quando haja descendentes comuns, se faça segundo o regime da comunhão geral de bens ainda que tenha sido outro o regime adoptado pelos cônjuges.

No caso *Mahnkopf*, os cônjuges estavam casados no regime alemão *Zugewinnngemeinschaft*³⁷, nos termos do qual não há património comum do casal mas, após a dissolução do casamento, o valor dos bens que foram adquiridos por qualquer dos cônjuges na constância do casamento, a título oneroso (excluído assim os bens qualificados como rigorosamente pessoais), será calculado e, existindo diferença entre esses valores (o cônjuge A adquiriu bens no valor de 1000 e o cônjuge B adquiriu bens no valor de 2000, por hipótese), metade dessa diferença será atribuída ao cônjuge que adquiriu bens em menor valor: no caso, A teria, no momento da dissolução do casamento, um crédito de 500 sobre B.

Ora, nos termos do § 1371, n.º1, do BGB, em caso de morte não é feita esta avaliação dos bens adquiridos e atribui-se directamente ao cônjuge sobrevivente 1/4 de todos os bens do património do *de cujus* que incluem os seus bens pessoais, para além dos bens por ele adquiridos (*ou não*) na constância do casamento a título oneroso: *caso a morte de um dos cônjuges ponha termo ao regime matrimonial de bens, a compensação por eventuais ganhos patrimoniais é concretizada através do aumento da quota hereditária do cônjuge sobrevivente em um quarto da herança; neste âmbito é irrelevante que os cônjuges tenham ou não obtido concretamente esses*³⁸; a este valor acrescerá para o cônjuge sobrevivente o direito sucessório definido por lei, os quais, no caso de concorrer com os filhos, ascendem a ¼ da herança (§ 1931 do BGB n.º1 e 3)³⁹.

O TJUE, em face desta factualidade e deste regime jurídico do direito alemão, considerou, louvando-se nas considerações feitas pelo advogado-geral,

³⁷ Na versão em língua portuguesa do Ac. *Mahnkopf*: é utilizada a expressão *comunhão de adquiridos*. Mas, como se sabe esta última pode conduzir a equívocos pela confusão com o regime da comunhão de adquiridos do direito português que tem características bem diferentes, desde logo porque constitui, quanto aos bens comuns, um património colectivo com tendencial administração conjunta e que pressupõe, em regra, partilha *in rem*. No direito alemão, no entanto, os "adquiridos" por cada cônjuge permanecem como bens próprios (sem prejuízo de regras quanto a sub-rogação directa ou indirecta) e não serão partilhados *in rem*, calculando-se apenas uma diferença nos ganhos que justificará uma compensação pela metade da diferença ao cônjuge menos enriquecido. Na tradução inglesa aparece *community of accrued gains* o que é diferente da *community of acquests*.

³⁸ § 1371, n.º1, do BGB.

³⁹ § 1931, n.º3, do BGB diz: "*A disposição do §1371 do BGB não é afectada*".

que o §1371, n.º1, do BGB, tem por objecto não a partilha de elementos patrimoniais entre os cônjuges mas a questão dos direitos do cônjuge sobrevivivo, quanto aos elementos já contabilizados na massa sucessória; assim, não se trata de liquidar um regime matrimonial mas determinar um *quantum* da quota sucessória a atribuir ao cônjuge sobrevivivo relativamente à massa da herança e aos demais herdeiros: sendo uma “questão sucessória” estará incluída no âmbito de aplicação do Regulamento.

Parece acertada esta interpretação do TJUE embora pudesse, como linha argumentativa, ter sido enfatizada a aplicação imperativa desta solução mesmo que não houvesse bens adquiridos onerosamente pelos cônjuges e ainda o facto de a determinação da quota de $\frac{1}{4}$ incidir, não sobre a diferença de valores adquiridos a mais pelo *de cuius* (se assim fosse a solução em caso de morte era mais desvantajosa para o cônjuge sobrevivivo do que a regra geral de dividir pela metade tal diferença), mas sobre toda a herança, incluindo naturalmente todos os bens pessoais do *de cuius*, e determinando, com isso, que, em caso de morte, a protecção do cônjuge sobrevivivo, quando concorre com os filhos, ascende a metade de todos os bens do património do falecido.

Por outro lado, esta interpretação não deixará de suscitar problemas se, ao contrário do que acontecia neste caso, em que os cônjuges tinham nacionalidade e residência habitual na Alemanha embora tivessem, em compropriedade, um bem imóvel na Suécia, forem leis diferentes a reger, respectivamente, a sucessão e o regime matrimonial.

Se, por hipótese, o *de cuius* residisse habitualmente em Portugal à data da morte, apesar de os cônjuges terem casado na Alemanha onde residiam, nessa data, habitualmente, nos termos do art. 21.º do Regulamento 650/2012, a *lex successionis* era a lei portuguesa não se aplicando §1371 do BGB; por outro lado, o regime de bens tinha sido definido pela lei alemã (art. 26.º, a), do Regulamento 2016/1103) mas aquela norma do BGB pretende resolver, de acordo com a interpretação do TJUE, um problema sucessório, estando excluída (art. 1.º, n.º2, d)) do âmbito de aplicação material deste Regulamento. Neste caso, ter-se-ia de atender aos eventuais direitos do cônjuge sobrevivivo sobre o património do falecido nos termos do seu regime de bens, abstraindo da causa da dissolução do casamento, sem prejuízo dos direitos sucessórios que a lei portuguesa lhe conferisse.

Cotejando esta interpretação do TJUE no Ac. *Mahnkopf* com o teor do art. 1719.º não parece que a qualificação desta solução deva ser sucessória; neste caso, ao contrário do que sucede quanto ao § 1371 do BGB, há uma efectiva repartição do património comum aquando da dissolução do casamento, somente com a mesma singularidade de se confinar a hipótese à dissolução por morte. E nesta repartição não estarão incluídos, por exemplo, os bens pessoais referidos

no art. 1733.º, os quais farão parte da herança do falecido juntamente com a metade que lhe caberia no património conjugal.

Com alguma relação com o caso *Mahnkopf* teremos eventualmente dúvidas sobre a qualificação de normas com as do art. 1700.º, n.º1, c), e n.º3, e 1707.ºA, n.º1, do Código Civil.

Nos termos desta recente alteração e aditamento ao Código Civil, introduzidos pelo art. 3.º da Lei n.º 48/2018, de 14.08.2018, serão (ainda) consideradas lícitas como disposições por morte feitas na convenção antenupcial, para além das doações *mortis causa* previstas nas alíneas a) e b) do art. 1700.º, n.º1, do CC, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge (art. 1700.º, n.º1, c)). E acrescenta o número 3 da citada norma que a *estipulação referida na c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens convencional ou imperativo seja o da separação*. Por sua vez, o novo art. 1707.ºA, n.º1, para além de conceder alguns direitos específicos ao cônjuge sobrevivente sobre a morada de família, estabelece que a renúncia pode ficar condicionada à sobrevivência ou não de quaisquer pessoas, de acordo com art. 1713.º, não tendo esta estipulação de ser recíproca.

A renúncia recíproca à posição de herdeiro legitimário⁴⁰ do cônjuge, porque feita numa convenção antenupcial na qual os cônjuges estabelecem o seu regime de bens (mas não só!)⁴¹ e uma vez condicionada à opção ou imposição do um particular regime de bens (o que, aliás, tem suscitado muitas críticas)⁴² pode suscitar dúvidas sobre a sua qualificação como norma(s) pertencente(s) ao estatuto sucessório ou ao estatuto dos regimes de bens dos cônjuges, ou seja, se, no quadro do direito internacional privado da UE, a aplicação desta regra se fará sendo a lei portuguesa a reguladora, nos termos do Regulamento 2016/1103, dos regimes matrimoniais ou se, pelo contrário, só se aplicará enquanto lei reguladora da sucessão e da validade dos pactos sucessórios no âmbito do Regulamento

⁴⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º1, c), do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei n.º48/2018, de 14 de agosto”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, 2018, pp. 415-454 (p. 441), assinala a possível incongruência, pelo menos literal, das referências de várias disposições da Lei 48/2018 a “posição sucessória do cônjuge” (art. 1707.º, n.º2) ao invés de se referir à posição legitimária (com consequências nada desprezíveis) como parece ser a intenção legislativa nos termos do art. 1700.º, n.º1, c).

⁴¹ Sobre o conteúdo das Convenções Matrimoniais *latu sensu*, Rute Teixeira Pedro, *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018.

⁴² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º1, c), do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei n.º48/2018, de 14 de agosto...”, *cit.*, p. 431 e MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA E SOFIA HENRIQUES, “Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º781/XIII, *JulgarOnline*, maio de 2018, 2018, pp. 1-20.

n.º 650/2012. E tudo passa, uma vez mais, por tentarmos interpretar a solução jurídica material da lei portuguesa, determinar a sua função e finalidade, a sua *ratio*, de forma a saber se é subsumível ao perímetro traçado por cada um dos Regulamentos para as suas soluções conflituais e o seu âmbito material de aplicação.

O âmbito material do Regulamento n.º 650/2012 é definido de forma ampla, incluindo desde logo, nos termos do art. 3.º, n.º1, b), os “pactos sucessórios” como *um acordo...que anule direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo*, excluindo, por sua vez, de acordo com o art. 1.º, n.º2, d), *as questões relacionadas com regimes matrimoniais*.

Por sua vez, a lei que regula, nos termos do Regulamento, e sem prejuízo do exercício da autonomia conflitual ou do funcionamento de uma cláusula de excepção, a sucessão, será para o art. 21.º, a lei da residência habitual do falecido no momento do óbito, assim como a lei que regulará a admissibilidade, validade material e efeitos vinculativos de um pacto sucessório será a mesma lei mas imobilizada ao tempo da celebração do pacto (art. 25.º, n.º1).

Não parece haver dúvidas que na renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do cônjuge, feita na convenção antenupcial, nos termos do art. 1700.º, n.º1, c), do CC, estamos perante uma sucessão contratual através da celebração de um pacto ou *contrato* sucessório, definido na lei portuguesa, pelo art. 2028.º, n.º1, como *contrato (pelo qual) alguém renuncia à sucessão de pessoa viva*.

Nos termos do art. 2028, n.º2, os contratos sucessórios são nulos, salvo os expressamente previstos na lei, celebrados na convenção antenupcial (arts. 1699.º, n.º1, a), 1700.º); a nova alínea c) do art. 1700.º veio aduzir aos contratos sucessórios na modalidade de *doações mortis causa* (a) e b) do art. 1700.º, os pactos sucessórios renunciativos; certo é que, em qualquer caso, os efeitos destes contratos só se produzem após a morte.

Deste modo, podemos dizer que a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do cônjuge quer em termos estruturais quer quanto ao momento de produção de efeitos quer em relação às posições jurídicas que afecta (directamente os cônjuges enquanto herdeiros, indirectamente os outros herdeiros legitimários ou legítimos, a medida das reduções por inoficiosidade, etc, etc) é matéria que se inclui no estatuto sucessório, e, por isso, no âmbito de aplicação material do Regulamento n.º650/2012 quando a situação *sub iudice* contenha elementos de internacionalidade.⁴³

É bem verdade que a ligação com o estatuto matrimonial é forte; tão forte que o legislador comunitário considerou que as questões deviam seguir critérios

⁴³ Neste sentido, cfr. o Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e Notariado (84/2018 STJSR-CC de 15.11.2018).

de atribuição de competência jurisdicional idênticos. E que o estatuto *patrimonial* do cônjuge sobrevivente é modelado por ambos numa ligação incindível.

São, por isso, vários os argumentos que aqui podemos considerar em favor de uma qualificação no âmbito dos regimes de bens^{44 45}, mas, no nosso modo de ver, rebatíveis:

- a *A renúncia está inserida numa convenção antenupcial que visa, em primeira linha, a fixação convencional de um regime de bens;* o argumento parece formal e insuficiente uma vez que é na convenção que podem ser feitas, para além de muitas outras disposições que não modelam técnica e estritamente os regimes de bens, doações *mortis causa* que são, precisamente, a modalidade considerada lícita de contratos ou pactos sucessórios no direito português (art. 2028.º, do CC).
- b *A renúncia está dependente da convenção ou imposição de um regime de bens, a separação, o que permite concluir que o seu objectivo é a intensificação deste regime pela via sucessória.* O argumento conduziria ao absurdo de se considerar que uma disposição testamentária em favor de um dos cônjuges, por conta da quota disponível, ao intensificar um regime de comunhão de bens ou “temperar” o de separação, seria qualificada como reguladora do regime de bens.
- c *A renúncia, tal como as doações por morte para casamento, visam o favor matrimonii e como tal deveriam integrar o estatuto patrimonial do casamento.* Não duvidamos ser essa a *ratio* do preceito, mas uma coisa é favorecer a celebração do casamento, tornando o seu regime e efeitos (sucessórios) mais atractivos, outra é considerar que, com isso, se está a modelar o regime de bens (titularidade dos bens, termos da partilha, regras sobre a administração dos bens, dívidas conjugais, ilegitimidades conjugais).

⁴⁴ Qualificação esta que será sumamente relevante uma vez que a lei aplicável, em primeira linha, nos termos do art. 26.º do Regulamento 2016/1103, sem prejuízo também do exercício da autonomia conflitual e do funcionamento da cláusula de excepção, será a da primeira residência habitual comum dos cônjuges depois da celebração do casamento, eventualmente diferente da lei aplicável por força do Regulamento n.º 650/2012.

⁴⁵ Pendendo para esta qualificação com apoio em fortes e bem defendidos argumentos, os quais, por isso, apresentamos no texto como base de contra-argumentação, cfr. AFONSO PATRÃO, “A renúncia recíproca à condição de legitimário em Direito Internacional Privado: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial”, *a publicar, Julgar*, n.º 40, Janeiro-Março de 2020 (*gentilmente cedido pelo A.*).

- d *O acórdão Mahnkopf não é decisivo porque são situações e normas diferentes.* Concordamos: mas é precisamente porque nos parece que a decisão do TJUE — sem prejuízo de ter sido (também) determinada pela necessidade *útil* de incluir no Certificado Sucessório o direito do cônjuge sobrevivente a mais $\frac{1}{4}$ da herança— foi correcta, atendendo ao facto de a solução do direito alemão fazer tábua rasa da eventual compensação pela diferença de valores adquiridos, ou até não havendo bens adquiridos, e atribuir uma quota sobre uma massa patrimonial que inclui os bens pessoais, que não serve de argumento para qualificar a renúncia no âmbito do regime de bens. E não parece que o TJUE tenha extravasado as suas funções interpretativas, uma vez que fez a caracterização da norma no ordenamento a que ela pertence, ainda que seguindo opinião diferente da maioritariamente defendida pela doutrina alemã ou até da mais recente decisão jurisprudencial alemã que foi tomada, é bom não o esquecer, à luz do direito internacional privado alemão.

Em suma, parece que, mau grado as legítimas dúvidas que possa suscitar e até das dificuldades (omnipresentes) de articulação das leis aplicáveis, a questão da renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do cônjuge deverá ser subsumível ao âmbito de aplicação material do Regulamento n.º 650/2012 e será provável que o TJUE se venha a pronunciar sobre o assunto.

5. Algumas conclusões.

Depois desta (muito) breve análise de alguns problemas (seleccionados) de interpretação, aplicação e congruência dos regulamentos europeus em matéria de direito internacional privado da família, ficamos com uma visão optimista ou pessimista do processo de cooperação judiciária transnacional?

Mantendo a diversidade normativa que é própria da autonomia e soberania dos Estados-Membros, será possível uma maior integração ou alcançar um verdadeiro estatuto de cidadania europeia, por via da uniformização das regras de conflitos de leis e de jurisdições?

E, em especial, este processo será viável através do mecanismo de cooperação reforçada?

Na verdade, a cooperação reforçada apresenta muitas limitações, mas não podemos dizer que é a única “suspeita” pela persistente desarmonia dos Estados-Membros em questões sensíveis como o direito da família e das sucessões.

Sempre seria difícil, senão impossível, construir um estatuto de verdadeira cidadania europeia com base no direito internacional privado.

Não somos tão cépticos como Hélène Gaudemet-Tallon⁴⁶ quando afirmava “*le droit des conflits de lois des personnes et de la famille devrait rester à l'écart de l'unification communautaire*” duvidando da valia da unificação das regras de direito internacional privado da família, não só porque considerava naturais as divergências dos sistemas conflituais tributárias de diferentes concepções do direito substantivo nesta matéria, como entendia que os entraves às liberdades comunitárias radicavam antes nas barreiras linguísticas, nos diferentes sistemas de segurança social e fiscal e nos níveis assimétricos de protecção laboral.

Mas basta verificar as preocupações, auscultadas amiúde nos serviços de registo e notariado, dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro quanto à lei aplicável ao seu regime de bens e à sua sucessão, em face das recentes mudanças operadas pelos regulamentos europeus, para perceber que a questão é muito relevante para as suas vidas.

A unificação do direito internacional privado da família e das sucessões pode ser difícil, pode ser incompleta, pode não ultrapassar as diferenças ao nível das legislações nacionais, mas é uma medida importante na continuidade das relações jurídicas, na previsibilidade e defesa das expectativas das partes e no aprofundamento da sua consciência *comunitária*.

Mas se não se pode descarnar o direito internacional privado, eliminando as ferramentas próprias de recurso à reserva de ordem pública internacional, de aplicação de normas de aplicação imediata, do uso de cláusulas de excepção e da interpretação *lege causae* das normas materiais aplicandas em face dos conceitos conflituais autonomamente definidos, todas elas implicando o risco de desarmonia decisória a jusante, do mesmo modo não se pode pedir ao direito internacional privado o que ele não pode dar: a unificação do direito material ao nível europeu.

Porto, 29 de Novembro de 2019

⁴⁶ HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, “ De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'union européenne », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol.I, Coimbra, Almedina, 2002, pp.159-185.

EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA TRAS LA LEY 26/2015

Inmaculada García Presas¹

1. Introducción

El término adoptar tiene dos acepciones, procedimiento y relación jurídica. La segunda es consecuencia de la primera ya que la relación jurídica de filiación adoptiva –es decir, el conjunto de derechos y obligaciones que se establecen entre adoptante o adoptantes y adoptando- requiere inevitablemente la concurrencia de un previo procedimiento de adopción que consiste en el conjunto de actos, legalmente regulados, a través de los que se constituye la filiación adoptiva que, si bien anteriormente significaba diferencia, hoy en día implica igualdad, tal y como se desprende del artículo 108, párrafo segundo, del Código Civil español que dispone que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”².

En España el procedimiento de adopción requiere un doble control de autoridad ya que está formado por dos fases, una de carácter administrativo y otra judicial. Las dos fases, administrativa y judicial, que hay en el Derecho español también tienen lugar en el Derecho británico, en donde existe igualmente un doble control, en un primer momento administrativo y, después, judicial. Sin embargo, a pesar de esta coincidencia, el sistema británico cuenta con importan-

¹ Researcher: I-3339-2017. Profesora de Derecho Civil. Universidad de A Coruña (España).
Orcid: 0000-0002-0082-0485

² CARRIÓN OLMOS, S.: “La adopción en el Derecho español tras las reformas de 2015”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, p. 53.

tes diferencias con respecto al español, por un lado en relación con los registros de adopciones ya que, además de un registro general de menores adoptados, hay otro especial para los contactos entre los adoptados y sus familiares, en el que se anotan las solicitudes de contactos post adoptivos y, por otro lado, en lo concerniente al papel de las agencias de adopción, públicas o privadas, tanto en la gestión de los procesos, como en las funciones de mediación³.

2. La fase administrativa

En virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.20 de la Constitución Española las comunidades autónomas pueden ostentar competencias en materia de “asistencia social” que es en donde se encuentra ubicada la protección de los menores de edad.

Por lo tanto se transfiere del Estado a las comunidades autónomas la competencia exclusiva para el amparo de los más jóvenes. En efecto el procedimiento administrativo que precede a la fase judicial se desarrolla ante la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores de edad en el territorio de la comunidad autónoma en la que reside el adoptante o adoptantes.

Es habitual que las personas que desean adoptar desconozcan el procedimiento que pretenden comenzar y, por ello, lo primero que deben hacer es ponerse en contacto con la Administración competente para, de este modo, conseguir la mayor información posible acerca de los trámites a seguir y las repercusiones que la adopción es previsible que traiga consigo. Esta fase informativa normalmente termina con la solicitud de adopción y la apertura del correspondiente expediente en la entidad competente⁴. Así pues el futuro adoptante o adoptantes formulan la solicitud de adopción a la entidad pública y, también, se inscriben en el registro de adoptantes.

Una vez que se formaliza la solicitud de adopción empieza la fase de formación y de preparación para poder afrontar, de la manera más adecuada, el proceso de adopción de un hijo. Cuentan, para ello, con la ayuda de profesionales⁵.

Posteriormente la entidad pública somete al futuro adoptante o adoptantes inscritos a la declaración de idoneidad. Con anterioridad a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, la declaración de idoneidad “podrá ser” previa a la propuesta. Actual-

³ SABATER BAYLE, E.: “La adopción abierta en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm 4 ter, julio, 2016, pp. 79-80.

⁴ ROSSER LIMINANA, A. M.: *Evolución del proceso de adopción y satisfacción percibida por las familias adoptivas*, Cortes Valencianas, 2010, pp. 85-86.

⁵ ROSSER LIMINANA, A. M.: *Evolución...*, cit., p. 86.

mente se exige que sea necesariamente previa: la declaración de idoneidad "deberá ser" previa a la propuesta. En consecuencia, en un primer momento se debe declarar la idoneidad de los adoptantes y, después, se procede a la propuesta de adopción de la entidad pública al juez, que se formula por escrito.

Es muy necesario este cambio que introduce la Ley 26/2015, en el Código Civil español, sustituyendo el verbo "podrá" por "deberá" ya que, hasta entonces, es una cuestión que genera importantes problemas, tal y como acreditan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶.

2.1 La declaración de idoneidad

La declaración de idoneidad se otorga por la entidad pública y, en ella, se comprueba que el adoptante o adoptantes cumplen todos los requisitos requeridos⁷.

La Ley 26/2015 incorpora una definición de la idoneidad para adoptar, en el artículo 176 del Código Civil español "se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

La declaración de idoneidad por la entidad pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias.

Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.

No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la entidad pública.

Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la entidad pública".

Si bien el Código Civil español indica que la declaración de idoneidad precisa de una valoración psicosocial, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 26/2015 se intentó sustituir, sin éxito, el término "psicosocial" por "psi-

⁶ GUZMÁN PECES, M.: "Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional", *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), IX, 2016, p. 158.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho de familia*, Bercal, 2015, p. 289.

cológico y social” argumentando que los informes se realizan por profesionales que son especialistas en la materia, es decir, psicólogos y trabajadores sociales⁸.

La Ley 26/2015 también incorpora al artículo 176 del Código Civil español el deber que recae sobre los futuros adoptantes de asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la entidad pública, al igual que también se pronuncia en los mismos términos la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en el artículo 11. Sin embargo mientras que esta última señala expresamente que se ha de acudir a estas sesiones antes de obtener la declaración de idoneidad, la Ley 26/2015 guarda silencio acerca del momento temporal, aunque se sobreentiende que coincide con lo estipulado en la otra Ley. Igualmente cabe plantearse si el incumplimiento del deber de asistencia determina automáticamente la imposibilidad de obtener la declaración de idoneidad o si simplemente influye⁹.

Asimismo se ha de señalar que la entidad pública, en el informe de idoneidad, debe dejar constancia de si el adoptante o adoptantes están dispuestos a llevar a cabo una adopción abierta, que es una figura que crea la Ley 26/2015 y que se incorpora al Código Civil español en el artículo 178, párrafo cuarto, que dispone que “cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la entidad pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”.

Se trata de mantener los vínculos afectivos, en ningún caso los jurídicos, ya que se extinguen, como en cualquier otra adopción; de hecho el adoptado no va a tener derechos sucesorios sobre la familia de origen.

En cada caso concreto la entidad pública ha de valorar si es conveniente llevar a cabo la adopción abierta y, si se acuerda estipular esta figura, también le corresponde realizar el seguimiento de la misma. Es la autoridad judicial quien amplía el régimen de contacto o lo restringe más, y, para que pueda decidir correctamente, la entidad pública le ha de remitir informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y las comunicaciones, durante los dos primeros años y, transcurridos éstos, a petición del juez.

Es habitual calificar como una “gran novedad” de la Ley 26/2015 la introducción de la adopción abierta en España cuando en realidad, anteriormente, ya

⁸ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 131.

⁹ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción*, cit., p. 137.

se lleva a cabo en algunas comunidades autónomas¹⁰. De hecho la posibilidad de que los menores de edad adoptados conserven las relaciones afectivas con la familia de origen ya se prevé en las normativas de algunas comunidades autónomas –Cataluña, Andalucía, Galicia y País Vasco- con carácter previo a la Ley 26/2015, y, por ello, en estos casos concretos, no supone una novedad lo que, desde la citada Ley, establece el Código Civil español sobre la adopción abierta¹¹.

No obstante, en la mayoría de las comunidades autónomas, hasta la Ley 26/2015, únicamente a los menores que se entregan en acogimiento, y no en adopción, se les permite mantener las relaciones afectivas con la familia biológica, lo que conlleva que, siempre que se pretenda seguir con los citados contactos, no se pueda estipular la adopción, con los inconvenientes que al respecto se derivan, tanto de carácter económico –prescindir de los derechos hereditarios si se mueren los padres acogedores o de las pensiones alimenticias si tiene lugar el divorcio- como de otra índole –dificultades para ir al extranjero con los menores acogidos o no llevar los apellidos de los acogedores lo que implica la falta de coincidencia con los de los hermanos de la familia acogedora-¹².

2.2 La propuesta previa de la entidad pública

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección, instaura el principio de control administrativo de las adopciones, intentando, de este modo, impedir el tráfico de niños, garantizar la idoneidad del adoptante o adoptantes y asegurar que la adopción es beneficiosa para los menores de edad. Desde entonces, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de adopción de la entidad pública al juez a favor del adoptante o adoptantes que la citada entidad pública ha declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

En relación con el contenido que se ha de estipular en la propuesta previa el artículo 35.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, hace referencia a: “a) Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos”; “b) En su caso y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor,

¹⁰ SERRANO MOLINA, A.: “La adopción abierta. Medidas para fomentar su implantación”, *Revista de Derecho Uned*, núm 22, 2018, p. 295.

¹¹ SABATER BAYLE, E.: “La adopción...”, cit., pp. 75-76.

¹² DÍEZ RIAZA, S.: “La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más”, *Revista de Derecho Uned*, núm. 22, 2018, p. 165.

familia acogedora o guardadores del adoptando”; “c) Si unos y otros han formulado su asentimiento ante la entidad pública o en documento público”.

2.3 La solicitud privada

No se requiere la propuesta previa de la entidad pública al juez cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias que se mencionan en el artículo 176 del Código Civil español:

- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad (sobrino) o afinidad (sobrino del cónyuge).

- Ser hijo del cónyuge del adoptante o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. Con anterioridad a la Ley 26/2015 se exige ser hijo del cónyuge del adoptante mientras que, actualmente, se refiere no solo al hijo del cónyuge sino también al hijo de la pareja de hecho.

- Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

- Ser mayor de edad o menor emancipado.

Se entiende que la enumeración prevista en el citado precepto es taxativa y cerrada¹³. En estos supuestos no solo no es necesaria la propuesta previa de la entidad pública al juez, sino que tampoco se procede a la declaración de idoneidad del adoptante o adoptantes, lo que permite agilizar considerablemente los trámites de la adopción.

En efecto, en estos casos, el expediente de adopción comienza con una solicitud privada, ya que, al no requerirse la propuesta administrativa previa, la solicitud de adopción la hace directamente el adoptante o adoptantes al juez.

A criterio del legislador, en estos supuestos tasados, es innecesario el control administrativo previo debido a la relación familiar o afectiva o bien a la convivencia que anteriormente se produce entre el adoptante o adoptantes y el adoptando¹⁴. Es decir la entidad pública no tiene que efectuar el control sobre la idoneidad del adoptante o adoptantes ya que ésta se presume por los vínculos que hay entre quien adopta y el adoptando o por las circunstancias personales que concurren en este último¹⁵. No obstante se trata de una presunción “*iuris tantum*” de idoneidad, es decir, admite prueba en contrario, porque la autoridad judicial siempre puede desvirtuarla, si lo estima conveniente.

¹³ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, p. 335.

¹⁴ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción*, cit., p. 162.

¹⁵ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento de adopción*, Aranzadi, 2013, p. 39.

Se estima que es muy acertada la modificación que efectúa la Ley 26/2015 de los supuestos en los que se prescinde no solo de la propuesta previa sino también de la declaración de idoneidad, entre otras razones porque, con anterioridad a la citada Ley, para adoptar al hijo mayor del cónyuge, se le exige al adoptante tanto la propuesta previa como el certificado de idoneidad, lo que resulta incomprensible por entenderse desmesurado¹⁶.

3. La fase judicial

Una vez que se recibe la propuesta de adopción de la entidad pública, en los casos en los que es necesaria, o la solicitud de adopción por parte del adoptante o adoptantes, el resto del proceso tiene lugar ante el juez mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. Actualmente la tramitación del procedimiento se regula en la Ley 15/2015, concretamente en los artículos 33 y siguientes. La competencia para conocer del mismo se otorga "al juzgado de primera instancia correspondiente a la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante", según dispone el artículo 33 de la Ley 15/2015. Es decir, si el procedimiento comienza a propuesta de la entidad pública, es competente el juez de primera instancia correspondiente a la sede de la entidad pública actuante, y cuando, con carácter excepcional, se inicia mediante una solicitud privada del adoptante o adoptantes, resulta competente el juez de primera instancia del domicilio de éstos.

Una vez que se inicia el expediente tras la presentación de la propuesta o de la solicitud, se lleva a cabo la manifestación de voluntades, la prueba y la resolución judicial. Sin embargo, tal y como frecuentemente acontece en los expedientes de jurisdicción voluntaria, la tramitación de la adopción no se encuentra predeterminada legalmente con una concreta correlación de actuaciones en unos plazos estipulados; ya que se regulan actos, algunos inexcusables y, otros, que únicamente se llevan a cabo si lo estima conveniente el juez¹⁷. De hecho, con el objetivo de cerciorarse de que la adopción se efectúa en interés del adoptando, la autoridad judicial puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime convenientes, en virtud de lo previsto en el artículo 39.1 de la Ley 15/2015.

Asimismo, en relación con el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, destacan que su presencia es esencial y necesaria siempre que existan menores de edad ya que, al no poder actuar por si mismos, precisan que el Ministerio Fiscal lo haga en su representación y defensa.

¹⁶ GUZMÁN PECES, M.: "Exégesis...", cit., pp. 158-159.

¹⁷ GARCIMARTÍN MONTERO, R.: "El trámite judicial de adopción", *El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 356 y 357.

No es necesaria, en el procedimiento de adopción, la intervención tanto de abogado como de procurador, ya que su actuación es facultativa. Sin embargo, aunque no tiene carácter obligatorio, se estima conveniente la presencia de abogado porque siempre va a resultar de interés contar con el asesoramiento y la asistencia que ofrece un especialista en la materia¹⁸.

El procedimiento de adopción comienza cuando el futuro adoptante o adoptantes acuden al organismo competente de su comunidad autónoma con la finalidad de obtener información sobre el camino que pretenden iniciar y, finaliza, con la constitución judicial de la adopción y el correspondiente seguimiento de la misma. En el intervalo de tiempo que transcurre entre el principio y el fin de este procedimiento se producen varios pasos a los que se hace alusión previamente; entre ellos cabe destacar el ofrecimiento de los adoptantes, los informes psico-sociales, la declaración de idoneidad, la situación de adoptabilidad de los menores de edad y su asignación a los adoptantes¹⁹.

3.1 Las intervenciones en el procedimiento

La pluralidad de personas que intervienen en el procedimiento de adopción actúan con el mismo propósito ya que, al no existir intereses contrapuestos entre ellas, no tienen posiciones procesales enfrentadas²⁰.

Con la finalidad de que el juez pueda constituir la adopción la ley llama a ciertas personas para que intervengan en el procedimiento judicial: unas prestan su consentimiento, otras su asentimiento, y, algunas, tan solo su opinión²¹.

Las intervenciones que tienen lugar en el procedimiento son actos procesales que se producen con carácter previo a la resolución judicial, se regulan en el artículo 177 del Código Civil español y se clasifican en los tres grupos citados –consentimiento, asentimiento y audiencia–.

Las tres declaraciones de voluntad mencionadas tienen carácter preceptivo ya que su inobservancia condiciona la constitución de la adopción. Sin embargo la legislación, tanto civil como procesal, contempla ciertos supuestos en los que, a pesar de la inexistencia de consentimiento, asentimiento o audiencia, se puede constituir la adopción²².

¹⁸ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento...*, cit., p. 31.

¹⁹ DÍEZ RIAZA, S.: “La aplicación...”, cit., p. 164.

²⁰ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento...*, cit., p. 26.

²¹ SERRANO MOLINA, A.: “La adopción...”, cit., p. 304.

²² BERIAIN FLORES, I.: *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 272-273.

3.1.1 El consentimiento

Deben consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de 12 años. Así pues, la declaración de voluntad no se dirige de uno a otro sino que se ha de prestar ante la autoridad judicial²³.

Supone la manifestación, libre y consciente, de adoptar a una persona concreta y de ser adoptado por una determinada persona ya que el consentimiento es una declaración de voluntad concreta, no abstracta²⁴. Es la propia persona quien ha de efectuar la declaración de voluntad, no siendo posible la representación al tratarse de un acto de carácter personalísimo²⁵.

En relación con el modo de emitir los consentimientos la Ley 26/2015 incorpora un nuevo párrafo cuarto al artículo 177 del Código Civil español que dispone que “deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias”. Es evidente que se ha de prestar con libertad ya que, en otro caso, no es válido. Si bien la Ley 15/2015 no se pronuncia acerca de “la forma legal requerida” señalando únicamente que le corresponde al letrado de la administración de justicia citar a los adoptantes y al adoptando para que otorguen el consentimiento ante la autoridad judicial, es el propio artículo 177 el que a continuación aclara que la forma ha de ser escrita. Se entiende que el juez ha de informar, tanto a los adoptantes como al adoptando, de los efectos de la adopción, antes de que emitan la declaración de voluntad, mientras que la entidad pública solo proporciona información a los adoptantes, previamente a que sean declararlos idóneos, no al adoptando²⁶.

El consentimiento implica la aceptación y el juez no puede constituir la adopción contra la voluntad de las personas que han de consentir, porque su consentimiento es imprescindible. Si alguna de ellas no lo presta se archiva el expediente, sin más trámite, a través de un auto que deniega la adopción por la ausencia de consentimiento²⁷.

Sin embargo, en el caso de que concurren los preceptivos consentimientos, la autoridad judicial no se encuentra vinculada por ellos, ya que tiene la posibilidad de denegar la adopción, si existe un motivo que ampare la decisión.

²³ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción...*, cit., p. 209.

²⁴ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento...*, cit., p. 60.

²⁵ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción...*, cit., p. 203.

²⁶ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción...*, cit., p. 210.

²⁷ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento...*, cit., p. 56.

3.1.2 El asentimiento

El asentimiento, al igual que el consentimiento, es una autorización necesaria pero no vinculante para la autoridad judicial puesto que no tiene la obligación de constituir la adopción debido a que cuenta con libertad de decisión en función de lo que estime más beneficioso para el menor de edad²⁸.

Se trata de una declaración de voluntad permitiendo la adopción que, no puede llevarse a efecto, con la oposición de las personas que deben asentir. Al contrario que el consentimiento, lo otorgan quienes no van a ser parte en la relación adoptiva, pero que la adopción les puede ocasionar importantes consecuencias.

Deben asentir la adopción:

- El cónyuge del adoptante o la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, es decir, la pareja de hecho del adoptante, cuando no desea convertirse en adoptante del hijo que va a ser adoptado por su cónyuge o pareja de manera individual.

Es la Ley 26/2015 la que incorpora, en el artículo 177 del Código Civil español, la necesidad de que preste el asentimiento a la adopción la pareja de hecho del adoptante, no solamente el cónyuge.

- Los progenitores del adoptando que no se encuentre emancipado si no están privados de la patria potestad ni incurso en causa legal para la privación es necesario su asentimiento para la adopción.

Sin perjuicio del derecho a ser oídos no es necesario el asentimiento a la adopción por parte de los padres si han pasado dos años sin ejercitar las acciones de revocación de la situación de desamparo o, si habiéndolas ejercitado, éstas se han desestimado.

Asimismo, desde la Ley 26/2015, en el citado precepto se estipula que el asentimiento de la madre no es posible prestarlo hasta que hayan pasado seis semanas desde el alumbramiento, en vez de los treinta días que se requieren con anterioridad a la citada Ley. Con esta modificación se da cumplimiento a lo previsto en el Convenio Europeo de Adopción realizado en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España²⁹.

En relación a la forma de prestar el asentimiento existen tres posibles maneras: con anterioridad a la propuesta de adopción, ante el funcionario público de la entidad pública que presenta la citada propuesta; o bien en escritura pública

²⁸ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción...*, cit., p. 215.

²⁹ GUZMÁN PECES, M.: "Exégesis...", cit., p. 160.

que acompaña a la solicitud y también es factible mediante una comparecencia ante la autoridad judicial³⁰.

3.1.3 La audiencia

La audiencia tiene carácter obligatorio porque, si se omite, se produce la nulidad de la adopción ya que se trata de un trámite preceptivo que, sin embargo, ostenta una eficacia meramente informativa ya que, tanto si la expresión de voluntad es favorable, como desfavorable, no vincula a la autoridad judicial, e incluso si hay una nítida oposición a la adopción el juez puede constituirla contra el parecer de cualquiera de las personas a las que se escucha.

Con la finalidad de potenciar la importancia que tiene la audiencia la Ley 26/2015 suprime el adverbio "simplemente" que, desde el año 1987, estaba presente en el artículo 177.3 del Código Civil español³¹. En efecto, en vez de "deberán ser simplemente oídos por el juez" actualmente dispone que "deberán ser oídos por el juez":

- Los progenitores que no han sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no es necesario para la adopción. En efecto se refiere tanto a los padres que están incurso en causa de privación de la patria potestad, aunque todavía no se haya dictado sentencia que les prive de ella, como a los progenitores de un menor emancipado.

- El tutor, la familia acogedora y el guardador.

- El adoptando menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez.

En estos casos es suficiente la simple audiencia, al no ser preciso ni el consentimiento ni el asentimiento.

3.2 La resolución judicial

Tras la Ley 21/1987 se potencia la naturaleza procesal de la adopción ya que, desde entonces, el artículo 176 del Código Civil español dispone que la adopción se constituye por resolución judicial, quedando de este modo abandonada la consideración que antiguamente tenía de negocio jurídico de carácter familiar³².

Si bien el citado pronunciamiento judicial es imprescindible para constituir la adopción, se estima que no es suficiente ya que, además, se requiere la

³⁰ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento ...*, cit., p. 69.

³¹ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción*, cit., pp 265-266.

³² BERIAIN FLORES, I.: *La adopción*, cit., p. 252.

presencia de ciertas declaraciones de voluntad, es decir, los consentimientos y asentimientos de determinadas personas³³.

Así pues, el expediente termina con un auto judicial que, si es favorable, constituye la adopción ya que, tal y como estipula el artículo 176 del Código Civil español, la adopción se constituye por resolución judicial, no por resolución administrativa.

Según señala el artículo 39.4 de la Ley 15/2015 contra el auto que resuelve el expediente de adopción cabe interponer recurso de apelación que cuenta con carácter preferente y no tiene efectos suspensivos. Dicho recurso se puede formular por cualquier interesado que considere que se encuentra perjudicado por la resolución.

Posteriormente, la adopción se inscribe en el Registro Civil puesto que, según dispone el artículo 39.5 de la Ley 15/2015, “El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción”, cuya finalidad consiste en hacer constar oficialmente la filiación que ya ha sido constituida³⁴.

En efecto, el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos y, tal y como dispone la Ley de 8 de junio de 1957, todavía vigente, la filiación se inscribe ya que es un hecho concerniente al estado civil de las personas físicas. En el mismo sentido la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que, si no se vuelve a posponer entrará en vigor en 2020, estipula que “El Registro Civil tiene por objeto hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas” lo que implica que la filiación es inscribible y, según señala el artículo 108 del Código Civil español “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”.

³³ CARRIÓN OLMOS, S.: “La adopción...”, cit., p. 69.

³⁴ MAYOR DEL HOYO, M. V.: *La adopción...*, cit., p. 291.

LA INTERVENCIÓN DE LOS PROGENITORES EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA

*Pablo Grande Seara*¹

Resumen: En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de la intervención de los progenitores en el expediente de adopción en España. Conforme al art. 177 CC, en principio, los progenitores deben asentir a la adopción de su hijo, salvo que concurren determinadas circunstancias previstas en el mismo precepto, en cuyo caso será suficiente con que se les de audiencia. Dados los distintos efectos que la ley atribuye al asentimiento y a la audiencia y las consecuencias que la adopción tiene para los progenitores, el art. 781 LEC diseña un proceso especial cuyo objeto es determinar si es o no necesario el asentimiento de los progenitores que han sido citados al expediente de adopción para simple audiencia. A su vez, si, por una causa ajena a su voluntad, los progenitores no han podido intervenir en el expediente de adopción en los términos previstos en el art. 177 CC, el art. 180 CC prevé la posibilidad de extinción de la adopción.

PALABRAS CLAVE: adopción; asentimiento; audiencia; expediente de adopción; extinción de adopción; progenitores.

SUMARIO: 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. 2.- PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ASENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN.

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Universidad de Vigo (España). pgrande@uvigo.es

2.1.- Regulación y ámbito de aplicación. 2.2.- Legitimación. 2.3.- Tramitación del procedimiento. A.- Comparecencia de los progenitores en el expediente de adopción. B.- Tramitación del procedimiento del art. 781 LEC en pieza separada. 3.- PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN EX ART. 180.2 CC. 3.1.- Regulación y ámbito de aplicación. 3.2.- Procedimiento adecuado. 3.3.- Legitimación. 3.4.- Tramitación del procedimiento. Bibliografía.

1. Consideraciones previas sobre el procedimiento de constitución de la adopción.

Conforme al art. 176.1 del Código Civil (CC), “la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. El procedimiento que puede concluir con esta resolución judicial de constitución de la adopción es un procedimiento de jurisdicción voluntaria y naturaleza constitutiva regulado en los arts. 33 a 39 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y 779 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)².

En este expediente, se regulan como trámites esenciales para la válida constitución de la adopción la prestación de unos consentimientos y asentimientos, así como la práctica de determinadas audiencias (art. 177 CC y 36 y 37 LJV).

a.- *Consentimientos*. Según el art. 177.1 CC, han de prestar su consentimiento para la adopción el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de 12 años³.

Estos consentimientos son imprescindibles para la constitución de la adopción, y tienen el carácter de presupuesto procesal esencial del acto judicial constitutivo de la adopción. No obstante, conviene precisar que este consentimiento no vincula al juez a constituir la adopción; si bien no puede constituirla en contra de la voluntad de los sujetos que deben prestar el consentimiento, la voluntad de éstos favorable a la adopción no vincula al juez a constituirla necesariamente, ya que el juez podrá denegarla si estima que no va a ser beneficiosa para el adoptando.

² De conformidad con el art. 33 LJV, “en los expedientes sobre adopción, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante”.

³ Siguiendo a VARGAS CABRERA (*La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, pág. 220) estos consentimientos se pueden definir como “declaraciones de voluntad de las partes entre las que se va a constituir el vínculo adoptivo y en virtud de las cuales asumen libre y conscientemente el contenido de la relación jurídica adoptiva con determinada persona”. En sentido similar, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Madrid, 1999, pág. 176; PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1998, pág. 601.

En cuanto al adoptante, además del requisito de la edad (ser mayor de 25 años)⁴, debe tener la capacidad de obrar suficiente para consentir válidamente la adopción. Y, si son dos los adoptantes, este requisito de capacidad se exige a ambos, ya que los dos deben consentir la adopción. Con todo, si el expediente de adopción ha sido incoado a solicitud del propio adoptante, no será necesario que éste preste su consentimiento ya que se entiende implícito en la solicitud de adopción.

A su vez, el adoptando deberá prestar el consentimiento cuando sea mayor de doce años. En este sentido, la ley reconoce al adoptando una capacidad especial, de modo que prestará su consentimiento en nombre propio y sin necesidad de ningún complemento de capacidad.

Si el adoptando ha sido legalmente incapacitado, no por ello se imposibilita su adopción. Habrá que atender a la sentencia de incapacitación; y, si no determina estos extremos, deberá ser el juez quien, teniendo en cuenta los antecedentes e informes psiquiátricos que pueda recabar, decida sobre si el consentimiento del adoptando es o no necesario. Si el adoptando no puede prestar por sí mismo el consentimiento, el juez decidirá sobre la constitución de la adopción atendiendo al interés del menor y a la conveniencia de ésta.

En cuanto a la forma de prestación del consentimiento, ha de prestarse personalmente ante el juez. No cabe, pues, otorgarlo ante Notario ni emitirlo por medio de apoderado. Además, la prestación de los consentimientos no puede quedar sujeta a condición, término o modo; y, una vez emitido, el consentimiento es irrevocable.

b.- Asentimientos. La necesidad de que determinadas personas presten su asentimiento a la adopción ha sido introducida en el Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, pues hasta entonces, no existía esta distinción entre consentimiento y asentimiento.

El asentimiento puede ser definido como el acto procesal mediante el cual una persona (cónyuge del adoptante o los progenitores del adoptando) expre-

⁴ Recordemos que, conforme al art. 175.1 CC, "la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior".

sa su voluntad de permitir o admitir como conveniente la integración de otra (adoptando) en la vida familiar de una tercera persona (adoptante)⁵.

El asentimiento constituye un requisito esencial o *condictio iuris* de la adopción, lo que se desprende del carácter imperativo con que está redactado el precepto (“deberán asentir a la adopción”). Con todo, su exigencia es más flexible ya que, cuando sea imposible la prestación de dicho asentimiento, podrá constituirse válidamente la adopción sin el mismo, aunque, como veremos, en ciertos supuestos, ello puede dar pie para pedir la extinción de esa adopción (art. 180.2 CC).

El apartado segundo del art. 177 CC determina qué sujetos deben prestar su asentimiento a la adopción⁶, y las circunstancias en las que se puede prescindir de él:

a.- En primer lugar, deberá asentir a la adopción el *cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal*. La exigencia de este asentimiento obedece a las consecuencias de tipo personal y patrimonial que de la adopción se derivan para el cónyuge o pareja de hecho del adoptante, así como a la necesidad de procurar al adoptando un ambiente propicio a la integración familiar, lo que difícilmente se conseguirá si el cónyuge o pareja del adoptante con el que va a convivir se opone a la adopción.

Esto explica que se pueda prescindir del asentimiento del cónyuge o pareja del adoptante cuando “medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente”, ya que en tal caso desaparece la razón de ser de dicho asentimiento. Asimismo, se podrá prescindir del asentimiento del cónyuge o pareja del adoptante cuando se halle imposibilitado para prestarlo (art. 177.2 CC)⁷; cuando, habiendo sido citado en la debida forma, no comparece

⁵ Sobre las diferencias esenciales entre el consentimiento y el asentimiento para la adopción de menores, vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015, pág. 19.

⁶ La prestación de estos asentimientos está sujeta a determinados requisitos de forma y de tiempo. En cuanto a la forma en que pueden prestarse, el art. 37.1 LJV admite tres modalidades: a) mediante comparecencia ante el juez en el expediente de adopción; b) la prestación ante la Entidad pública antes de la propuesta de adopción; y, c) la prestación del asentimiento en documento público (ante notario). Pero en cualquiera de estas modalidades, el art. 177.4 CC exige que se otorgue libremente, por escrito y previa información de sus consecuencias. Y por lo que respecta al tiempo para prestarlo, el mismo art. 37.1 LJV dispone que si el asentimiento se prestó con anterioridad a la iniciación del expediente ante la Entidad pública o en documento público deberá renovarse ante el juez si cuando se incoa el expediente de adopción han transcurrido más de seis meses desde que se prestó. A su vez, el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto (art. 177.2 CC).

⁷ El art. 177.2 CC impone al juez que en la resolución judicial por la que constituye la adopción justifique por qué se estimó que esa persona estaba imposibilitada para asentir y por ello se constituyó la adopción sin su asentimiento.

en el juzgado a tal efecto; o cuando se desconozca su domicilio o paradero (art. 38.2 y 3 LJV).

b.- En segundo término, también deberán prestar su asentimiento a la adopción, los *progenitores del adoptando que no se hallare emancipado*. El fundamento de esta exigencia radica en las consecuencias que para ellos tiene la adopción, en cuanto supone la pérdida de la patria potestad sobre su hijo, y la extinción de todos los vínculos jurídicos que les unían.

Con todo, los arts. 177.2 CC y 38.2 y 3 LJV, contemplan determinados supuestos en los que se puede prescindir del asentimiento de los progenitores:

- 1 Cuando los progenitores estén privados legalmente de la patria potestad. En estos casos se prescindirá del asentimiento sólo cuando exista una privación total de la titularidad de la patria potestad, esto es, en los supuestos de los arts. 111 y 170 CC; por tanto, no puede excluirse su asentimiento cuando lo que existe es una simple suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o una privación parcial de su titularidad.
- 2 Cuando los progenitores estén incurso en causa para la privación de la patria potestad. Dada la imprecisión legal, resulta muy problemático determinar lo que se entiende por "estar incurso en causa para la privación de la patria potestad". Esta disposición origina una gran inseguridad jurídica, pues las graves consecuencias que se derivan de la misma se hacen depender de un concepto jurídico indeterminado susceptible de una interpretación restrictiva o extensiva. En sentido restrictivo, podrá interpretarse que sólo están incurso en causa de privación de la patria potestad los progenitores respecto de los que se haya incoado un procedimiento penal o civil que pueda finalizar con una condena privándolos de la patria potestad. Por el contrario, utilizando un criterio extensivo, podríamos concluir que ya están incurso en causa de privación de la patria potestad los progenitores que de hecho estén incumpliendo los deberes inherentes a la misma recogidos en el art. 154 CC8. En todo caso, será el propio juez que conoce del expediente de adopción el que, tras estudiar la correspondiente documentación aportada, decida sobre la existencia de la causa de privación de la patria potestad, y acuerde si los padres deben ser citados para asentir o ser simplemente

⁸ No puede entenderse que la simple resolución administrativa declarando a un menor en desamparo signifique que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad, puesto que el Código Civil es claro al señalar que la tutela *ex lege* implica simplemente suspensión de la patria potestad (art. 172.1 CC).

oídos⁹, y en este último caso, los motivos de dicha decisión, haciéndoles saber el modo en que pueden oponerse a tal resolución. En este sentido, los arts. 37 LJV y 781 LEC establecen un procedimiento específico, que analizaremos en el epígrafe siguiente, a través del cual se va a decidir con carácter definitivo si es necesario el asentimiento de los progenitores o basta con la mera audiencia.

- 3 Cuando los progenitores tuvieren suspendida la patria potestad y hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2 CC, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.
- 4 Por último, también se puede prescindir del asentimiento de los progenitores cuando se encuentren imposibilitados para prestarlo (art. 177.2 CC), cuando no haya podido conocerse su domicilio o paradero, o cuando citados en forma legal no hubiesen comparecido en el expediente de adopción (art. 38.2 y 3 LJV).

En otro orden de cosas, hemos de hacer referencia a una cuestión bastante controvertida cual es la relevancia que debe darse al disentimiento de los sujetos que deben asentir a la adopción, es decir, ¿puede constituirse una adopción a pesar de la oposición de los sujetos que deben asentir a la misma?. A este respecto hay que destacar que en la doctrina existe un amplio consenso en orden a exigir el asentimiento de estos sujetos para que la adopción se pueda constituir válidamente, mientras que en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales encontramos distintas tendencias.

⁹ A este respecto la SAP de Zaragoza 156/2018, de 20 de marzo señala que “la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de paricidio contra la madre (SSTS 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril). Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor”.

Por lo general, la doctrina sostiene que, fuera de los supuestos en los que la ley permite constituir la adopción prescindiendo del asentimiento del cónyuge del adoptante o del de los padres del adoptando, este asentimiento es condición *sine qua non* para la adopción. Por tanto, será nula aquella adopción que se constituya sin tales asentimientos cuando no concurra alguna de las circunstancias mencionadas que permitan prescindir de él; y ello tanto si dicho asentimiento se ha omitido injustificadamente, como si las personas que deben asentir se han opuesto expresamente a la adopción¹⁰.

Por el contrario, en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales no se encuentra el mismo consenso que existe en la doctrina, sino que se pueden distinguir dos tendencias contrapuestas y una intermedia, tal como se recoge, por ejemplo, en el AAP de Zaragoza 156/2018, de 20 de marzo: "Existe jurisprudencia contradictoria sobre la presente materia, e incluso opiniones doctrinales divergentes, fundamentalmente en torno al alcance del asentimiento. El artículo 177 del Código Civil, entre los requisitos subjetivos de la adopción, establece en unos casos el consentimiento de determinadas personas, en otros el simple asentimiento 177.2 y en otros la simple necesidad de audiencia 177.3. En relación con esa materia, no hay, como decimos, unanimidad en las resoluciones dictadas por diversas Audiencias Provinciales, puesto que algunas de ellas (Sentencia de 15 de abril de 1993 de la Audiencia Provincial de Teruel y la de Vizcaya en Sentencia de 14 de septiembre de 1995) han entendido que la disconformidad de los progenitores respecto a la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional que debe resolver, mientras que otras (por ejemplo, la de Barcelona en auto de 20 de marzo de 1991 y la de Almería en sentencia de 21 de mayo de 1992) han considerado que el asentimiento no es una "conductio iuris" y que debe, por lo tanto, adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de sus padres biológicos. La posición que estima que el asentimiento es necesario se basa en considerar que la distinción entre el valor jurídico del consentimiento y el asentimiento no puede ser la vinculación

¹⁰ En este sentido, CALAZA LÓPEZ ("Proceso para determinar la necesidad de asentimiento...", op. cit., pág. 18) señala que "frente a quiénes establecen la diferencia entre ambas declaraciones de voluntad en la "preceptividad", "obligatoriedad" y "vinculación" del consentimiento, y la ausencia de dichos atributos, predicable, sin embargo, del asentimiento, nos parece razonable afirmar, tras un estudio jurisprudencial del tema en cuestión, que ambas declaraciones de voluntad, emitidas ante el órgano jurisdiccional, son obligatorias y vinculantes, en el proceso de adopción, para la validez de la constitución de la adopción, puesto que la ausencia o negativa a la prestación de cualquiera de ellas provocará, a través del proceso correspondiente, la nulidad de todo lo actuado". Por su parte, ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, vol. I, Madrid, 1992, pág. 1104), entienden que la ausencia del asentimiento de los padres puede producir lo que denominan *ineficacia condicionada* del negocio adoptivo, es decir, si falta dicho asentimiento, el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no la ineficacia de la adopción, imponiéndole como única limitación tener en cuenta lo que sea más conveniente para el adoptado.

del Juez al primero y no al segundo, porque entonces no se advierte diferencia entre el asentimiento y la simple audiencia. Por lo tanto considera que la distinción entre la simple audiencia y el asentimiento ha de residir en la eficacia del asentimiento para posibilitar la adopción, ya que la diferencia entre asentimiento y consentimiento se basa en que consenten solamente quienes forman parte de la relación paterno-filial que se constituye (adoptante y adoptado), mientras que asienten los terceros interesados en dicha relación, como el progenitor biológico que verá extinguida su propia relación paterno-filial por mor de la adopción; por tanto, hay más semejanza entre consentimiento y asentimiento que entre éste y la simple audiencia, y no se entendería que denegado el asentimiento el Juez pudiera, en el expediente de jurisdicción voluntaria, decidir en contra de la voluntad de un progenitor no incurso en causa de privación de la patria potestad. Finalmente, hay una posición intermedia, que ha sugerido que de faltar asentimiento el Juez tendría que analizar más exhaustivamente si el interés del adoptando se satisface realmente con la adopción, no obstante partir también, por supuesto, de la valoración de dicho interés como criterio determinante de la decisión. La falta de asentimiento introduciría solamente un «plus» en contra de la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero no la impediría, y esta postura se acerca a la postura defendida por esta Sala de que la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza”.

A nuestro juicio, lo más correcto es entender que el juez a la hora de decidir sobre la constitución de la adopción sólo puede prescindir del asentimiento de las personas que, según la ley, deban prestarlo en aquellos supuestos en que la misma ley lo permite expresamente. En los demás supuestos, la adopción constituida sin el asentimiento o con el disentimiento expreso de tales sujetos será nula por haberse constituido prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley.

Ciertamente, parece que, si la negativa a asentar a la adopción obedece a una mera actitud caprichosa de los progenitores o del cónyuge del adoptante, el juez debería poder acordar la adopción si la considera beneficiosa para el adoptando. Pero tales hipótesis no nos permiten llegar a la conclusión de que, en cualquier caso en que falte el asentimiento, quedará al arbitrio del juez la constitución de la adopción, debiendo atender exclusivamente al interés del adoptado, y ello por varias razones. En primer lugar, como ya se apuntó, de la redacción legal se deduce claramente la exigencia categórica del asentimiento para poder constituir la adopción, sin que se deje margen alguno al arbitrio judicial. En segundo lugar, en cuanto al asentimiento de los progenitores del adoptando, si fuese prescindible, desaparecería la diferencia entre el asentimiento y la simple audiencia, y

además se estaría dando el mismo trato a los progenitores que deben asentir que a aquéllos que, por haber incumplido gravemente sus obligaciones paternales, están privados de la patria potestad o incursos en causa para su privación. Y, por último, si se admitiese la irrelevancia del disentimiento de los progenitores a la adopción, se estaría posibilitando que estos pierdan a sus hijos definitivamente y sin ningún tipo de garantías ni posibilidad de defensa.

c.- *Audiencias*. Además de los consentimientos y asentimientos que han de prestarse, el art. 177.3 CC exige que otras personas sean llamadas al expediente para ser oídas, es decir, para que expresen lo que estimen oportuno a fin de ilustrar al juez sobre la conveniencia de la adopción que se pretende constituir.

Estas audiencias son preceptivas y necesarias (*"deberán ser simplemente oídos"*), de modo que su omisión, salvo en los casos en que la ley permite prescindir de ellas, determina la nulidad de las actuaciones. Pero las manifestaciones que en ellas se hacen, sean a favor o en contra de la adopción, no son vinculantes para el juez, ya que tienen una finalidad meramente instructiva.

Según el art. 177.3 CC, los interesados que deberán ser simplemente oídos por el juez son:

a.- En primer lugar, *los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción*. Aunque el asentimiento de los progenitores no sea necesario para constituir la adopción, la ley exige conocer su opinión sobre la misma, ya que determina la ruptura de todos los vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior.

Para determinar cuándo es preceptiva esta audiencia de los progenitores hay que poner en relación los arts. 177.2.2º CC y 177.3.1º CC, llegándose a la conclusión de que dicha audiencia es preceptiva en los siguientes casos: a) cuando el adoptando sea un menor emancipado o mayor de edad; b) cuando los progenitores del menor se encuentren incursos en causa de privación de la patria potestad; c) cuando los progenitores tengan suspendida la patria potestad y hayan transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada; y, d) cuando los padres estén imposibilitados para prestar el asentimiento.

b.- *El tutor, y en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores*.

c.- *El adoptando menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez*. Se exige la concurrencia de dos requisitos: que sea menor de doce años, pues si supera dicha edad se requiere su consentimiento para la adopción; y que se atienda a su edad y madurez, es decir, que tenga suficiente juicio, lo cual deberá ser valorado por el propio juez.

La opinión del menor, al igual que la de las demás personas que deben ser simplemente oídas, no es vinculante para el juez a la hora de decidir sobre

la constitución de la adopción, pero deberá ser tenida muy en cuenta a fin de valorar la conveniencia de dicha adopción para el menor.

Conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 LJV, que permite al juez practicar las diligencias que estime oportunas para asegurarse que la adopción resulta beneficiosa para el adoptando, es recomendable que también sean oídas cualesquiera otras personas que puedan verse afectadas por la adopción como pueden ser el cónyuge del adoptando, los abuelos del adoptando, o los hijos o descendientes del adoptante.

Al igual que sucede con los consentimientos y asentimientos, tampoco será preceptiva la audiencia de estos interesados en los supuestos contemplados en el art. 38.2 y 3 LJV, a saber, cuando no conste su domicilio o paradero, y no haya podido conocerse después de practicar las diligencias oportunas para su averiguación; y cuando después de haber sido citados en forma legal no hubiesen comparecido. Y, aunque la ley no contempla expresamente este supuesto, parece que también se puede prescindir de la audiencia cuando los que deben ser oídos se encuentren imposibilitados para ello.

Por lo demás, la ley no regula de modo preciso la forma en que se practicarán estas audiencias, pero de los diferentes preceptos que, indirectamente, aluden a la misma podemos destacar que la audiencia se llevará a cabo mediante comparecencia personal ante el juez que conoce del expediente, debiendo estar presente el Ministerio Fiscal (arts. 177.3 CC y 18.2 LJV); además, se llevará a cabo en privado, cumpliendo el deber legal de reserva (art. 39.2 LJV). En esta audiencia deberán evitarse los tecnicismos incomprensibles para los interesados, los cuales también deberán ser informados de sus derechos y de los efectos de dicha audiencia.

2. Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

2.1 Regulación y ámbito de aplicación.

Para determinar el ámbito de aplicación de este procedimiento, se debe partir de lo dispuesto en el art. 177.2.2º y 177.3.1º CC, en el que se determina cuándo los progenitores del adoptando deben asentir a la adopción y cuándo deben ser simplemente oídos. Como ya se indicó, una interpretación sistemática de estos dos preceptos nos lleva a la conclusión de que, si los progenitores han sido privados de la patria potestad, no se requiere su asentimiento ni su audiencia para constituir la adopción; mientras que, si están incurso en causa legal para la privación de la patria potestad, si han transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de desamparo del menor sin haber formulado oposición a

la misma (o habiéndose desestimado ésta), si están imposibilitados para prestar el asentimiento, o si el adoptando es un menor emancipado, no se requiere su asentimiento, pero sí su audiencia.

Pero en este punto la terminología legal resulta muy imprecisa y generadora de inseguridad jurídica, ya que un aspecto de tanta trascendencia como es la determinación de si es o no necesario el asentimiento de los progenitores se hace depender de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de que las expresiones "estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad" o "se encuentren imposibilitados" para prestar el asentimiento sean interpretadas extensiva o restrictivamente, por lo que pueden generarse importantes controversias¹¹.

Pues bien, para decidir definitivamente estas controversias que se suscitan cuando los progenitores han sido citados al expediente de adopción para simple audiencia y ellos consideran que es necesario su asentimiento, se ha previsto el proceso especial regulado en los arts. 37.2 LJV y 779 y 781 LEC. Este es, pues, el concreto y único objeto de este proceso especial: decidir si los progenitores deben asentir a la adopción o ser simplemente oídos, sin que se puedan decidir en él otras cuestiones como, por ejemplo, la privación de la patria potestad de los progenitores, o la posibilidad de constituir o no la adopción pese a la oposición de los mismos.

Por lo demás, se debe destacar que este proceso sólo resulta viable cuando los progenitores citados para la simple audiencia intervienen efectivamente en el expediente de adopción, pues, en otro caso, la adopción se podrá constituir válidamente sin su asentimiento ni audiencia y, en su caso, sólo podrán pretender *a posteriori* la extinción de la misma por la vía del art. 180.2 CC (art. 38.3 LJV).

2.2 Legitimación.

El art. 781.1 LEC atribuye legitimación activa para promover este proceso a "los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción".

Pero ésta es una fórmula excesivamente genérica y debe ser matizada atendiendo a lo dispuesto en los referidos apartados del art. 177 CC. Así, debe entenderse que la legitimación activa la ostentan únicamente los progenitores que, habiendo sido citados para su simple audiencia por considerárseles incur-

¹¹ Los supuestos en los que se presenta con mayor frecuencia este tipo de conflictividad son aquellos en los que el adoptando ha sido declarado en desamparo y está tutelado por la Entidad pública; y aquellos otros de hijos de padres separados o divorciados que, tras la crisis conyugal, conviven con uno solo de los progenitores que ejerce *de facto* y de forma exclusiva la patria potestad por dejación de las funciones del otro progenitor, cuando el nuevo cónyuge o pareja estable del progenitor con el que convive el hijo pretende adoptar a éste.

sos en causa de privación de la patria potestad o imposibilitados para asentir, no estén de acuerdo y entiendan que es necesario su asentimiento; así como los progenitores del adoptando que son citados para simple audiencia por hallarse aquél emancipado, cuando cuestionen dicha emancipación¹².

En cambio, carecen de legitimación activa, por ejemplo, los progenitores que están privados de la patria potestad por sentencia firme, aunque pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para constituir la adopción, ya que éstos ni siquiera serán citados para audiencia (art. 177.3.1º CC).

Por su parte, los sujetos legitimados pasivamente serán la Entidad pública o el propio adoptante, dependiendo de si la incoación del expediente de adopción tuvo lugar mediante propuesta de aquélla o solicitud de éste. Nótese que, si el expediente de adopción ha sido incoado mediante solicitud del adoptante, este procedimiento del art. 781 LEC provocará, inevitablemente, que se conozcan los adoptantes y los padres del adoptando¹³.

De acuerdo con el art. 753 LEC, de la demanda por la que se incoa este proceso también se deberá dar traslado al Ministerio Fiscal, el cual deberá contestarla.

2.3 Tramitación del procedimiento.

En este procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, podemos distinguir las siguientes fases y actuaciones.

A. Comparecencia de los progenitores en el expediente de adopción.

Una vez que el juez competente para conocer del expediente de adopción reciba la propuesta de adopción de la Entidad pública o la solicitud del adoptante con los contenidos del art. 35.2 y 3 LVJ y la documentación oportuna (art. 35.4 LJV), la admitirá a trámite. Para ello dictará una resolución motivada, que

¹² Cabe pensar en otro supuesto en el que los progenitores del adoptando estarían legitimados para incoar este proceso: cuando hayan prestado su asentimiento en documento público o ante la Entidad pública, pero el procedimiento de adopción se inicia después de transcurridos más de seis meses desde que se prestó el asentimiento. De acuerdo con el art. 37.1 LJV, dicho asentimiento debe ser renovado ante el juez; de ahí que, si los progenitores fuesen citados para simple audiencia podrían acudir al proceso del art. 781 LEC (*vid.*, en este sentido, ESCRIBANO MORA, F., *El proceso civil*, Valencia, 2001, pág. 6445). Y, si ni siquiera son citados para la audiencia, podrán instar la nulidad de actuaciones conforme a lo dispuesto en el art. 240 LOPJ.

¹³ A este respecto, señala DONAPETRY CAMACHO (“El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes”, *La Ley*, t. IV, 1990, pág. 18) que estos inconvenientes se evitarían entendiéndose que, en el juicio verbal a que da lugar la oposición de los padres, la parte pasiva es el Ministerio Fiscal; o también bastaría que los adoptantes no formularan oposición a dicho incidente y que no se mencionen sus nombres en las resoluciones judiciales.

ha de revestir la forma de auto, y en la que, atendiendo a lo expuesto en dicha propuesta o solicitud y a la documentación aportada, decidirá si los progenitores del adoptando deben ser citados al expediente para asentir a la adopción o ser simplemente oídos.

En esta citación a los progenitores se deberá precisar la circunstancia por la cual, en su caso, el juez considera que basta su simple audiencia (art. 38.1 LJV); y se les deberá informar del derecho que les asiste a promover el proceso del art. 781 LEC¹⁴.

Recibida la citación para la simple audiencia en el expediente de adopción, si los progenitores entienden que no se dan las circunstancias que permiten constituir la adopción sin su asentimiento y pretenden que se reconozca la necesidad de éste, "podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así" (art. 781.1 LEC).

Conviene precisar que la ley sólo exige una comparecencia de los progenitores, por lo que podrá tratarse de una comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia o de la presentación de un escrito en el que hagan constar tanto su disconformidad con la decisión judicial de citarlos para la simple audiencia como su oposición a la adopción que pretende constituirse sin su asentimiento.

Respecto de esta comparecencia deben hacerse tres observaciones. La primera es que se trata de la comparecencia en un expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que, a tenor de los arts. 3.2 y 34.2 LJV, los progenitores no tendrán que valerse de abogado y procurador para la misma.

La segunda observación alude al plazo de que disponen los progenitores para efectuar esta comparecencia. La ley procesal civil no dice nada sobre este particular, pero debe entenderse que ha de tener lugar antes de que transcurra el día fijado en la citación que se les dirija conforme al art. 38.2 LJV, pues la no comparecencia a dicha citación determina que la adopción pueda ser constituida válidamente, prescindiendo del trámite de audiencia; quedando únicamente a

¹⁴ Tales citaciones se deberán hacer en los términos fijados en el art. 38 LJV, conforme al cual, si en la propuesta de adopción o en la solicitud de adopción no consta el domicilio de los que deban ser citados, el Letrado de la Administración de Justicia practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio (conforme a lo previsto en el art. 156 LEC), y los citará ante el Juez dentro de los quince días siguientes, debiendo garantizar la debida reserva. En las citaciones para prestar el asentimiento o ser oídos se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no pudieran ser citados personalmente y no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento de que aunque no comparezcan el expediente seguirá su trámite. Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguna persona que deba ser citada, o si citada debidamente, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho de los progenitores a pretender la ulterior extinción de la adopción conforme al art. 180.2 CC.

salvo el derecho de los progenitores a pedir la extinción de la adopción conforme al art. 180.2 CC (art. 38.3 LJV).

La última observación se refiere a que el Letrado de la Administración de Justicia debe hacer una interpretación flexible de esta comparecencia, en el sentido de que, al no requerirse para ella la intervención de abogado y procurador, es posible que los progenitores no manifiesten de forma clara y técnica su voluntad de incoar el proceso del art. 781 LEC. Por tanto, el Letrado de la Administración de Justicia deberá ser especialmente sensible a esta circunstancia, y acordar la suspensión del expediente de adopción tan pronto como advierta que los progenitores reivindican la necesidad de su asentimiento para la adopción.

En esta comparecencia, los progenitores podrán solicitar que se les entregue una copia de la propuesta de adopción y de los documentos aportados con la misma a fin de poder fundamentar su demanda. El juzgado debe acceder a esta petición adoptando las medidas necesarias para guardar la conveniente reserva, la cual peligrará seriamente cuando el expediente de adopción se haya incoado por solicitud del propio adoptante.

Efectuada la comparecencia de los progenitores, oponiéndose a la decisión de ser citados para la simple audiencia, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del expediente de adopción, y les otorgará un plazo de quince días para que formalicen la demanda, para cuyo conocimiento será competente el mismo tribunal (arts. 37.2 LJV y 781.1 LEC).

En esta resolución, el Letrado de la Administración de Justicia también deberá apercibir a los progenitores de las consecuencias de la norma de preclusión contenida en el art. 781.2 LEC. Es decir, que transcurrido el plazo fijado sin que se haya presentado la demanda, se dictará un decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose conforme a lo previsto en la LJV. Dicho decreto es recurrible directamente en revisión ante el tribunal; pero, una vez sea firme, los progenitores no podrán volver a pretender que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción de que se trate (arts. 37.2.II LJV y 781.2 LEC). Asimismo, y en su caso, se les informará de su derecho a ser asistidos por abogado y procurador del turno de oficio.

B. Tramitación del procedimiento del art. 781 LEC en pieza separada.

Como se acaba de indicar, los progenitores que han comparecido ante el tribunal que tramita el expediente de adopción pretendiendo que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la misma, deberán presentar la demanda del proceso del art. 781 LEC en el plazo de quince días.

A pesar de lo equívoco que puede resultar la remisión al juicio verbal que hace el art. 753 LEC, se debe entender que la demanda de este proceso se redactará en la forma prevista en el art. 399 LEC para la demanda del juicio ordinario, porque si la demanda fuese sucinta sería una reiteración de lo que ya manifestaron los progenitores en la comparecencia. Además, de acuerdo con el art. 750.1 LEC, esta demanda deberá ir firmada por abogado y procurador, siendo frecuente que estos profesionales hayan de ser designados de oficio, debido a las dificultades económicas que frecuentemente padecen los progenitores.

Esta demanda irá dirigida frente al promotor del expediente de adopción y de ella se dará traslado al Ministerio fiscal y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, aunque no hayan sido demandadas (art. 753 LEC).

Presentada la demanda dentro de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda presentada en el mismo procedimiento, como pieza separada, con arreglo a lo previsto en el art. 753 LEC, por lo que será un proceso de tramitación preferente (art. 781.3 LEC).

Cabe destacar que no serán aplicables a este proceso las normas sobre preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos del art. 400 LEC, sino que el juez deberá decidir con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (art. 752.1 LEC).

La contestación a la demanda deberá efectuarse en el plazo de veinte días desde el traslado de la demanda y se hará en la forma prevista por el art. 405 LEC para la contestación a la demanda en el juicio ordinario.

Tras la contestación a la demanda, cuando resulte pertinente la celebración de la vista, las partes serán citadas a la misma en la forma ordinaria prevista en el art. 440.1 LEC. Si llegado el día señalado para la celebración de la vista, los progenitores no comparecen, se tendrán por desistidos de su pretensión, dictándose un auto con los efectos preclusivos previstos en el art. 781.2 LEC, y se acordará el alzamiento de la suspensión del expediente de adopción, continuando éste en el trámite donde se había suspendido. Con todo, para que este desistimiento surta efectos debe contar con la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 LEC).

A falta de otras disposiciones especiales, la vista se celebrará en la forma prevista en los arts. 443 a 446 LEC, con las especialidades contempladas por el art. 752 LEC en materia de prueba; en particular, la facultad del tribunal de decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, y la no vinculación del

tribunal por los hechos admitidos por las partes, ni por las normas sobre valoración legal de la prueba.

En relación con la actividad probatoria, se deben destacar dos cuestiones:

a.- En primer lugar, que se dirigirá básicamente a convencer al juez de la concurrencia o no en los progenitores, y en el momento actual en que se tramita el expediente, de alguna de las circunstancias que permitan prescindir de su asentimiento para la adopción de su hijo, que normalmente será la concurrencia o no de alguna de las causas de privación de la patria potestad (el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma: art. 170 en relación con el 154 CC)¹⁵.

b.- En segundo lugar, que corresponde al promotor del expediente de adopción la carga de probar la concurrencia de tales circunstancias, sin que sea admisible inversión alguna de la carga de la prueba¹⁶.

¹⁵ Sin embargo, también existen discrepancias en la jurisprudencia en cuanto al momento en que ha de ponderarse la concurrencia de las circunstancias que evidencian que los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad; sobre si debe ser el momento en que se declaró el desamparo del menor o el momento actual en que se tramita el expediente de adopción. Así se pone de manifiesto en la SAP de Alicante 308/2017, de 13 de diciembre, señalando que “como dice la SAP de Cádiz de 25 de mayo del 2011, el referente temporal en que ha de ponderarse la concurrencia de las circunstancias fácticas que evidencian si se han cumplido los deberes inherentes a la patria potestad y, por ende, si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo. La doctrina jurisprudencial mayoritaria se inclina decididamente por el momento en que se produce la declaración de desamparo, punto de partida de la ulterior decisión de darlo en adopción, aunque es cierto que alguna Audiencia Provincial, como la de Sevilla en Sentencia de 14 de Abril de 2.004, entiende que debe prevalecer la situación actual, la de tramitación del expediente de adopción, argumentando que, de no ser así, el juicio de valor que esta decisión requiere devendría superfluo dado que la propia declaración de desamparo “lleva implícito un comportamiento por parte de los padres que implica una valoración negativa sobre el ejercicio de sus derechos inherentes a la patria potestad, y por tanto se produciría un automatismo no querido obviamente por el legislador a la hora del expediente de adopción”. Sin embargo, no podemos compartir esta opinión por dos razones, porque difícilmente puede valorarse el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en un momento en que los padres ya no lo ejercen ni pueden ejercerlo al haber sido sustituidos en esas funciones por la Entidad pública tras la declaración de desamparo; y porque esta última no siempre es imputable a los progenitores”.

¹⁶ En este sentido, señala CALAZA LÓPEZ (“Proceso para determinar la necesidad de asentimiento...”, op. cit., pág. 21) que la incursión de los progenitores en una causa de privación de la patria potestad corresponde probarla, como es lógico, a quien positivamente alega la innecesidad del asentimiento de los mismos, que habitualmente será la entidad promotora del procedimiento de adopción. No obstante, tampoco es esta una cuestión absolutamente pacífica en la jurisprudencia, ya que, por ejemplo, la STS 36/2012, de 6 de febrero afirma que “la declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue”.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 751.1 LEC, este proceso no podrá terminar de forma anticipada en virtud de renuncia, allanamiento o transacción, debido al carácter indisponible de su objeto. En cambio, sí puede terminar por desistimiento del actor, que requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 LEC).

Si el proceso termina por sentencia sobre el fondo, ésta decidirá única y exclusivamente si concurre o no alguna de las circunstancias que determinan que se pueda prescindir del asentimiento de los progenitores a la adopción (normalmente, si los progenitores están o no incurso en causa de privación de la patria potestad); y, en consecuencia, si éstos deben prestar el asentimiento o ser sólo oídos. Por tanto, no se podrán decidir en esta sentencia otras cuestiones como la privación de la patria potestad de los progenitores o la constitución de la adopción solicitada¹⁷. Sobre esta última cuestión deberá decidir el juez en el expediente de adopción mediante auto, que será susceptible de recurso de apelación y tendrá efectos suspensivos (art. 781.3.IV LEC). Y tal decisión estará condicionada por lo que haya resuelto en la referida pieza separada¹⁸.

Si esta sentencia, frente a la que cabe recurso de apelación, una vez firme, confirma que los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad o que concurre otra circunstancia que permite prescindir de su asentimiento, se tendrá por realizada la audiencia y se alzarán la suspensión del expediente de adopción, que continuará por sus cauces ordinarios, pudiendo constituirse la adopción aun en contra de la voluntad de los padres.

Por el contrario, si la sentencia estima la pretensión de los padres de que se reconozca la necesidad de su asentimiento a la adopción, se les deberá citar para prestarlo, y la manifestación de voluntad negativa de éstos a la constitución de la adopción determina el sobreseimiento del expediente de adopción sin que ésta se pueda constituir¹⁹.

¹⁷ Vid., SEGURA SANCHO, F., "La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción", en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (Coords. Espiau Espiau y Vaquer Aloy), Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 230.

¹⁸ Este aspecto ha sido criticado por CALAZA LÓPEZ ("Proceso para determinar la necesidad de asentimiento...", op. cit., págs. 22 y 23), señalando que "la tramitación de un proceso de Jurisdicción voluntaria, susceptible, ante la inexistencia de asentimiento de los padres biológicos, de suspensión por reconducción a un proceso contencioso y ulterior reanudación del voluntario, una vez concluido este nos parece, cuando menos, farragosa, rebuscada, inoperativa, ineficaz y compleja (...)". Y añade que "el Legislador debiera ofrecer, a los justiciables, una tramitación procesal sencilla, ágil, flexible, económica, eficaz y, sobre todo, acelerada, bien distinta a la existente, y tan sencilla como reconducir directamente el proceso voluntario al contencioso con una duplicidad o, según los casos, multiplicidad de pretensiones, para conocer, en un único proceso, tanto de la necesidad de asentimiento, como de la constitución de la adopción".

¹⁹ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., "Proceso para determinar la necesidad de asentimiento...", op. cit., pág. 22.

3. Procedimiento de extinción de la adopción ex art. 180.2 CC.

3.1 Regulación y ámbito de aplicación.

Como es sabido, la adopción origina para el adoptado un nuevo *status filii* y un nuevo *status familiae*, con el consiguiente entramado de relaciones y vínculos personales y patrimoniales equiparable al que se deriva de la filiación biológica. Por su propia naturaleza, y en atención siempre al interés del menor, tal *status* necesita estar dotado de estabilidad, por ello el art. 180.1 CC establece categóricamente el carácter irrevocable de la adopción²⁰.

Sin embargo, también es obligado salvaguardar los derechos de los progenitores del adoptado que, sin culpa, no han intervenido en el procedimiento de constitución de la adopción. Por ello, el legislador les concede la posibilidad de instar y conseguir la extinción de tal adopción, siempre que se cumplan determinados requisitos previstos en el art. 180.2 CC. Éste es, pues, el objeto concreto del proceso que vamos a examinar: la pretensión de que se extinga una adopción que ha sido válidamente constituida, aun sin la intervención en el expediente de los progenitores del adoptado, siempre que dicha ausencia obedezca a una causa ajena a su voluntad, y que la extinción no perjudique gravemente al menor²¹.

Una cuestión importante que se debe matizar es que el art. 180.2 CC posibilita la extinción de la adopción cuando los progenitores, sin culpa suya, “no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177”, por lo que parece que tal extinción podrá promoverse por los progenitores legitimados incluso cuando su intervención en el expediente hubiese sido sólo

²⁰ A este respecto, señalaba BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. Albaladejo), t. III, vol. 2, Madrid, 1982, pág. 396) que, “puesto que la adopción se constituye a semejanza de la paternidad, dando lugar a cambios que afectan al estado civil de adoptantes y adoptados, lógico es que el Ordenamiento persiga dotarla de máxima estabilidad, sustrayendo la continuidad de la misma a la voluntad de los particulares implicados en ella, tanto directa como indirectamente. Quedan, de esta forma, debidamente protegidos los intereses (no sólo los materiales, sino los afectivos también) de los adoptantes y los de los adoptados, al resguardo de los cambios de voluntad de uno y otro, así como de los de todos aquéllos que han de dar su consentimiento para la adopción (...). Por otro lado, se garantiza de esta forma la utilización coherente de la institución, al dificultar mediante este carácter definitivo e irrevocable una posible instrumentalización fraudulenta de la misma”.

²¹ Como señala FELIU REY (*Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, 1989, pág. 213), el fundamento de este precepto está “en el derecho de los padres a no perder *por sorpresa* a sus hijos, cuando demuestren la no imputabilidad de la causa a ellos”. En el mismo sentido, ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos)*, Madrid, 2004, pág. 700.

a efectos de simple audiencia, y no para asentir a la adopción, puesto que el art. 177 CC contempla ambos tipos de intervención²².

3.2. Procedimiento adecuado.

Conforme al art. 40.1 LJV, las actuaciones judiciales a que se refiere el art. 180 CC, "se sustanciarán por los trámites del juicio que corresponda con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil". Tal disposición implica una remisión al art. 249.2 LEC, según el cual se decidirán en el juicio ordinario las demandas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo. Por tanto, el procedimiento de extinción de la adopción se debe tramitar por los cauces del juicio ordinario, regulados en los arts. 399 a 436 LEC.

Aunque pueda resultar cuestionable, esta pretensión no se puede sustanciar por los cauces procesales del art. 753 LEC, ya que el art. 748 LEC es taxativo al establecer las materias que pueden ser objeto de dicho proceso, y entre ellas no se encuentra la pretensión de extinción de la adopción del art. 180 CC²³.

3.3. Legitimación.

Según el art. 180.2 CC, la extinción de la adopción la puede acordar el juez "a petición de cualquiera de los progenitores". Esta referencia legal a "los progenitores" da a entender que sólo están legitimados para instar la extinción de la adopción los padres biológicos del adoptando y no los padres adoptivos anteriores (si hubiese adopciones sucesivas).

Sin embargo, si el fundamento de la exigencia de asentimiento de los padres a la adopción y de esta acción de extinción es evitar que los padres puedan perder por sorpresa a sus hijos cuando no concorra una causa que les sea imputable, tal interpretación resulta discutida cuando se trate de adopciones sucesivas (en las que, al haber ya una adopción anterior, los progenitores ya no tienen la patria potestad sobre el hijo), pues, en tal supuesto, los padres que deberán asentir a la nueva adopción o, en su caso, los que podrán instar la extinción de la nueva adopción deberían ser los padres adoptivos anteriores. En tales hipótesis,

²² Sin embargo, recordemos que para SANCHO REBULLIDA (*El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción* (con Lacruz Berdejo, J.L., Delgado Echeverría, J y Rivero Hernández F.), Madrid, 1988, pág. 117) y PÉREZ MARTÍN (*Derecho de familia...*, op. cit., pág. 631) si la intervención de los padres en el expediente de adopción debería haber sido para simple audiencia, aunque quede probado que su incomparecencia no ha sido por culpa suya y que la extinción de la adopción no perjudicará gravemente al menor, el juez no está obligado a extinguir dicha adopción, porque, una vez oídos los padres en este proceso, se habrá subsanado aquel defecto y, si el juez lo estima más conveniente para el adoptado, podrá mantener la adopción.

²³ Vid., Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril (apdo. VII.5.C). En contra, CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Con Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J., y Tapia Fernández, I.) vol. II, Pamplona, 2001, págs. 825 y 826.

los progenitores ya no tendrán nada que decir sobre la nueva adopción porque todos sus vínculos jurídicos con el hijo ya habrán quedado extinguidos con la primera adopción válidamente constituida. Por ello, pese a la dicción legal, parece más correcto entender que los sujetos legitimados para pedir la extinción de la adopción *ex art. 180.2 CC* serán los progenitores²⁴, si se trata de la primera adopción, o los padres adoptivos anteriores, si se trata de adopciones sucesivas²⁵. Además, podrán ejercitar dicha acción ambos padres conjuntamente o sólo uno de ellos, dependiendo de que ninguno haya intervenido en el expediente o haya intervenido alguno de ellos²⁶.

En cambio, no están legitimados en ningún caso para pedir la extinción de la adopción el adoptante, ni el adoptado, ni los ascendientes por naturaleza o cualquier otro pariente del adoptado, ni el Ministerio Fiscal. Ahora bien, conforme al art. 180.2,II CC, si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso.

La legitimación pasiva en este proceso de extinción de la adopción la ostentan, en principio, los adoptantes, debiendo ser también parte en dicho proceso el Ministerio Fiscal. Sin embargo, dados los efectos que para ellos se derivarán de la eventual extinción de la adopción, entendemos que la demanda también se deberá dirigir, en su caso, frente al progenitor no demandante y frente al propio adoptado²⁷.

3.4. Tramitación del procedimiento.

La demanda con la que se inicia este proceso deberá ser interpuesta ante el juzgado de primera instancia del domicilio del adoptante (arts. 779 LEC)²⁸, y se redactará en la forma y con el contenido previstos en el art. 399. En ella se deberá hacer constar que se ejercita la acción de extinción del art. 180.2 CC, las causas por las que el demandante no pudo intervenir en el expediente de constitución de la adopción y el tipo de intervención que le correspondía (asentimiento o simple audiencia), así como las razones por las que se estima que la extinción solicitada no perjudicará gravemente al adoptado. Y, en el suplico, se

²⁴ A este respecto, conviene puntualizar que la SAP de Vizcaya 226/2002, de 25 de marzo niega la legitimación para instar el procedimiento de extinción de la adopción al padre biológico que en el momento de incoar el proceso no estaba determinado legalmente.

²⁵ Vid., ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional...*, op. cit., pág. 702.

²⁶ Vid., ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional...*, op. cit., pág. 703; PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia...*, op. cit., pág. 627.

²⁷ Vid., ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional...*, op. cit., págs. 707 y 708.

²⁸ Obsérvese que este fuero puede dificultar seriamente el ejercicio de la acción de extinción de la adopción cuando, en virtud del principio de reserva que debe guiar el expediente de adopción, los padres que pretendan ejercitar dicha acción no conozcan a los adoptantes.

podrá pedir, no sólo la extinción de la adopción, sino también la reintegración del adoptando a la familia del demandante, si antes estaba bajo la guarda de la Entidad pública.

Además, por medio de *otrosí*, el actor podrá solicitar que, durante la sustanciación del procedimiento, se adopten las medidas de protección oportunas sobre la persona y los bienes del adoptado menor o incapaz, aunque tales medidas también pueden ser acordadas de oficio por el juez (art. 40.2 LJV).

Esta demanda debe ser interpuesta dentro de los dos años siguientes a la constitución de la adopción, pues transcurrido este plazo ya no se podrá pretender la extinción de la adopción (art. 180.2 CC)²⁹.

Si el órgano jurisdiccional admite la demanda, se dará traslado de ella a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que la contesten en el plazo de veinte días. Esta contestación se deberá ajustar a lo dispuesto en el art. 405 LEC, y en ella se deberá tratar de desvirtuar las alegaciones del actor sobre la ausencia de culpa en su incomparecencia en el expediente de adopción, e incidir en que la extinción solicitada ocasionará graves perjuicios al menor.

En cuanto a la postulación, al no existir disposiciones especiales para este proceso, serán de aplicación las normas generales de los arts. 23 y 31 LEC. Esto significa que será preceptiva la intervención de abogado y procurador en ambas partes, dado que las pretensiones que aquí se ventilan no tienen cabida en ninguna de las excepciones contempladas en tales preceptos.

La actividad probatoria del demandante se dirigirá a convencer al juez de los hechos y circunstancias alegados en la demanda, especialmente, de que su incomparecencia en el expediente de adopción no fue por su culpa. Para ello será útil la aportación de documentos en los que conste que el lugar de residencia del actor durante la tramitación del expediente de adopción no era el que figuraba en la propuesta de adopción o el señalado por la Entidad pública a efectos de las citaciones, o traer al proceso a testigos que declaren sobre esta circunstancia. Asimismo, el actor deberá convencer al juez de que la extinción de la adopción no perjudicará gravemente al menor, pudiendo ser útil para ello una prueba pericial consiste en un examen psicológico del menor³⁰. A su vez, la actividad probatoria del adoptante demandado se dirigirá a desvirtuar la desarrollada por el demandante, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios previstos legalmente, pudiendo ser también muy útiles el interrogatorio del actor, la

²⁹ Se debe insistir en que el *dies a quo* para el cómputo de este plazo es aquél en que se produjo la firmeza de la resolución de constitución de la adopción, y no aquél en que se haya tenido conocimiento de la misma por los padres del adoptado (vid., CALAZA LÓPEZ, S., "Proceso para determinar la necesidad de asentimiento...", op. cit., pág. 36. En el mismo sentido, SAP de Zamora, 169/1998, de 8 de junio de 1998.

³⁰ Vid., PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia...*, op. cit., pág. 630.

prueba testifical, así como la prueba pericial y la audiencia del juez al menor para acreditar los perjuicios que la extinción de la adopción le ocasionaría.

En la sentencia, el juez deberá acordar la extinción de la adopción si quedó suficientemente acreditado que la incomparecencia de los padres en el expediente de adopción no fue por culpa suya y que dicha extinción no perjudica gravemente al adoptado, por lo que la carga de la prueba recae sobre los progenitores demandantes. En otro caso, deberá desestimar la demanda, manteniéndose la vigencia de la adopción.

Bibliografía

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1992.

ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos)*, Madrid, 2004.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios al Código Civil y Compendios Forales* (Dir. Albaladejo), t. III, vol. 2, Madrid, 1982.

CALAZA LÓPEZ, S., “Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015, págs. 1 a 40.

CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Pamplona, 2001.

DONAPETRY CAMACHO, B., “El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes”, *La Ley*, t. IV, 1990.

ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil*, vols. II y VIII, Valencia, 2001.

FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1988.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Madrid, 1989.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1998.

SEGURA SANCHO, F., "La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción", en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (Coords. Espiau Espiau y Vaquer Aloy), Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 211 a 232.

VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994

A INTERVENÇÃO TUTELAR EDUCATIVA: ESPECIFICIDADES, DESAFIOS E PERSPETIVAS FUTURAS

Margarida Santos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O modelo tutelar educativo: traços gerais; 3. Pressupostos, finalidades e princípios estruturantes da intervenção tutelar educativa; 4. A intervenção tutelar educativa: desafios e perspetivas futuras; 5. Considerações finais.

1. Introdução

A Lei Tutelar Educativa (LTE)² rompe com o paradigma anterior vazado na Organização Tutelar de Menores³, que, desde logo, não assentava na distin-

¹ Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho/ Membro Integrado do Centro de Investigação para a Justiça e Governação (Universidade do Minho) e da Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento (ISMAI). As reflexões presentes neste artigo constam já no artigo constante do *Livro em Memória de João Luís Curado Neves*, em vias de publicação. Assentam também, apenas em parte, nas anotações que redigimos em diversos artigos que anotámos da *Lei Tutelar Educativa Anotada* (coord.: Dias, Cristina, Santos, Margarida, Carmo, Rui do), Coimbra: Almedina, 2018.

² Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2000, tendo sido objeto de uma alteração legislativa, através da Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro.

³ Em 1962, surge a Organização Tutelar de Menores – OTM62 (Decreto-Lei n.º 44 288, de 20 de abril de 1962, revisto em 1967, pelo Decreto-Lei n.º 47727, de 23 de maio), que vem reformar a anterior Lei de Protecção à Infância. A OTM62 foi alvo de uma alteração profunda em 1978, pelo Decreto-Lei n.º 314778, de 27 de outubro. A intervenção estadual obedece aqui a um *modelo de welfare* (de proteção maximalista) com um tratamento unitário dos menores “em risco” e “delinquentes”, enquanto sujeitos carentes de proteção. Para uma análise da evolução da intervenção estadual em relação a menores que pratiquem factos

ção entre as crianças/jovens delinquentes ou infratores e as crianças/jovens em situações de risco e desvalorizava a necessidade de salvaguarda dos direitos processuais dos sujeitos envolvidos⁴. Tendo por base a necessidade de promover a distinção entre as finalidades de intervenção tutelar educativa e de proteção, a intervenção estadual juvenil promove-se através da LTE e da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que visa a promoção dos direitos e protecção de crianças e jovens em perigo (LPCJP)⁵. Nesta senda, a intervenção estadual em relação a *menores*⁶ com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos que pratiquem facto(s) qualificado(s) pela lei como crime realiza-se através da LTE.

qualificados pela lei como crime, em Portugal, v., *inter alia*, GERSÃO, Eliana, “A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, n.º 4, out.-dez. (1997), pp. 577 e segs.; e, da mesma Autora, “Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores - Memória de um processo de reforma”, in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 447 e segs.; “Menores agentes de infracções criminais – que intervenção? Apreciação crítica do sistema português”, *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, pp. 1 e segs.; “Um século de justiça de menores em Portugal (No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 1911)”, in: AA.VV., *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld* (org: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e segs.; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, n.º 3, jul.-set. (1997); RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 5 e segs.

⁴ Ver ANDRADE, Amélia Sineiro/SANTOS, Margarida, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, n.º 339, set.-dez. (2015), pp. 329-348.

⁵ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 31/2003, de 22 de agosto, n.º 142/2015, de 8 de setembro, e n.º 23/2017, de 23 de maio.

⁶ Em jeito de apontamento preliminar, uma breve referência se impõe relativamente ao conceito de “menor” utilizado pela LTE. Tem sido sublinhada, um pouco por toda a parte, a preferência pela terminologia “jovem”, em detrimento do termo “menor”, à luz das tendências internacionais, que socorrem-se, em regra, da expressão *young offenders* ou mesmo do termo “criança”, seguindo, desde logo, a Convenção dos Direitos da Criança (art. 1.º). Neste âmbito, iremos, no entanto, adotar igualmente o termo “menor”, por ser esta a nomenclatura legal. De resto, se compreendemos as críticas apontadas à utilização do termo “menor”, que não ignoramos e com as quais em parte concordamos, ainda assim consideramos a expressão “menor” “tecnicamente válida”, “pois permite a identificação inequívoca do destinatário da intervenção como aquele que é inimputável em razão da idade, para efeitos penais”, como refere SAN-BENTO, Marta, “A Lei Tutelar Educativa – que futuro?”, in AAVV, *Intervenção Tutelar Educativa*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf. Com interesse ver igualmente a proposta do Grupo de Trabalho da LTE, que sugere a substituição da expressão “jovem” pela expressão “menor”- cfr., FURTADO, Leonor (coord.) *et. al.*, *Relatório final do Grupo de Trabalho de Alteração à Lei Tutelar Educativa remetido ao Senhor Secretário de Estado da Justiça*, Búbook Publishing SL, 2013 - versão e-book, p. 17: “[n]a verdade, um conceito abrangente de «jovem», aceite pela psicologia, tem capacidade para abarcar adolescentes e jovens entre os 12 e os 16 anos; por outro lado, instrumentos internacionais e legislação de outros países da Europa reportam-se, em regra, a este conceito sendo que, internacionalmente, é usada a expressão *young offenders*”; no mesmo sentido ver SANTOS, Boa-

2. O modelo tutelar educativo. Traços gerais

Como tem sido caracterizado, o modelo gizado na LTE consagra um modelo equilibrado, de “terceira via”, “tutelar educativo”, “responsabilizante” e não um modelo de proteção ou de justiça puros⁷.

Com efeito, como salienta Anabela Miranda Rodrigues, “[p]retendeu-se (...) encontrar uma «terceira via» que harmonize em si a salvaguarda dos direitos do menor – o que conferirá legitimidade à intervenção – e a satisfação das expectativas comunitárias de segurança e paz social – o que lhe conferirá, por sua vez, eficácia”⁸. Ou seja, e seguindo a síntese de Eliana Gersão, está em causa a promoção de um modelo de intervenção estadual “que impeça os abusos do sistema de «protecção», nomeadamente reconhecendo aos menores as garantias concedidas aos adultos pelo direito constitucional, pelo direito processual penal e pelo próprio direito penal (...) mas que simultaneamente salvede a herança positiva do modelo de «protecção», em especial a natureza educativa

ventura de Sousa (coord.) et. al., *Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa, Relatório do Observatório Permanente da Justiça*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2004, p. 693 e SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) et. al., *Entre a Lei e a Prática: Subsídios Para Uma Reforma Da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES)/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJP), p. 333; ver, entre outros, ainda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Menores, mas imputáveis: que protecção?”, in: AA.VV., *Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”* (coord: OLIVEIRA, Guilherme de), Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 391; SILVA, Júlio Barbosa e, “E se todo o mundo é composto de mudança...: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efetuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de Janeiro”, *Revista do Ministério Público*, n.º 143, jul.-set. (2015), p. 29

⁷ Cfr., entre outros, paradigmaticamente, sobre o modelo de “terceira via”, GERSÃO, Eliana, “Menores agentes de infracções – interrogações acerca de velhas e novas respostas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4 (1994), p. 254; GERSÃO, Eliana, “A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança”, (n.º3), pp. 577 e segs; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, (n.º3), p. 373. Para uma caracterização de novos modelos (de justiça restaurativa, de intervenção mínima e neo-correcionalista), ver também DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Sobrevivência e erosão do paradigma da protecção nos sistemas europeus de justiça juvenil”, *Ousar Integrar, Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 7 (2010), pp. 64 e 65; também LÚCIO, Álvaro Laborinho, “O advogado e a Lei Tutelar Educativa”, *Revista do Ministério Público*, n.º 104, Out.-Dez (2005), pp. 48 segs; ver SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa Comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 26 e segs., nomeadamente a propósito dos principais modelos de justiça juvenil, com exemplos de Estados representativos; para uma caracterização dos diversos modelos, ver igualmente, SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) et. al., *Entre a Lei e a Prática: Subsídios Para Uma Reforma Da Lei Tutelar Educativa* (n.º5), pp. 101 e segs.

⁸ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Introdução”, in RODRIGUES, Anabela Miranda/DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, (n.º2), p. 19.

das medidas aplicáveis e a profunda consideração dos «interesses da criança» ao longo de todo o processo de aplicação e execução de medidas⁹.

Afigura-se um modelo “tutelar”, “porque atende aos imperativos de protecção da infância e juventude a cargo do Estado, constitucionalmente consagrados”, e “educativo”, “no sentido de que com ele se pretende conquistar o jovem para o respeito pelas normas, prevenindo-se ulteriores infracções, assim se logrando a própria segurança da comunidade”, como sublinha Souto de Moura¹⁰.

É também importante sublinhar que o modelo de intervenção tutelar educativa enforma uma intervenção estadual “responsabilizadora”¹¹ circunscrita (à “educação do menor para o direito”), de última linha (onde o primeiro plano de intervenção está a cargo dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto do menor). Numa palavra, está em causa uma intervenção estadual “contida”¹².

Em síntese apertada, o modelo tutelar educativo contempla uma intervenção tutelar educativa e responsabilizadora do menor, assente no superior

⁹ Cfr. GERSÃO, Eliana, “A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança”, (n.º2), pp. 580 e segs.

¹⁰ Cfr. MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, in *Direito Tutelar de Menores. O sistema em mudança*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 111.

¹¹ Com efeito, como sintetiza DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes. A Lei Portuguesa e os seus modelos. Um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 374/375, “... a LTE pode considerar-se conformada a um *modelo de responsabilização*”, onde “[a] originalidade e novidade da LTE consiste precisamente em fundar a reacção estadual não apenas no facto praticado, mas também no défice educativo e de socialização do menor”. Na verdade, “... com a exigência da prova do facto, a LTE visa, assim, prevenir a arbitrariedade de juízos meramente centrados na personalidade e conduta de vida do menor, permitida pelo *modelo de protecção*, e evitar com a exigência da prova da actualidade das necessidades educativas do menor, manifestadas na prática do facto, os riscos de pura retribuição que têm estado no cerne das críticas aos *modelos de justiça*” (p. 375). Sobre o “*modelo educativo de responsabilidade* para o séc. XXI”, v., autor e obra citada, especialmente pp. 369 e segs. Com interesse ver igualmente a proposta do Grupo de Trabalho da LTE, que sugere a substituição da designação “lei tutelar educativa” para “lei de responsabilização educativa, de forma a clarificar o carácter responsabilizador patente na LTE - cfr., FURTADO, Leonor (coord.) *et. al., Relatório final do Grupo de Trabalho de Alteração à Lei Tutelar Educativa remetido ao Senhor Secretário de Estado da Justiça*, (n.º 5), pp. 16 e segs.

¹² Como sintetiza Eliana Gersão, afigura-se esta intervenção “contida”, na medida em que “... não visa a educação global do menor, que compete aos pais ou seus substitutos, mas tão-só a sua «educação para o direito»...”; “... baliza a intervenção dentro dos limites impostos pela idade do menor e pela gravidade dos factos cometidos, que determinam o tipo e a duração da medida”; “... aceita que os tribunais não constituem a ‘linha da frente’ nessa ‘educação para o direito’, mas sim a ‘linha da retaguarda’” e “... porque aceita que, também para as crianças e os adolescentes, a liberdade é um valor supremo e que não é legítimo privar da liberdade para assegurar a escolaridade ou a formação profissional ou para substituir uma família inadequada” – cfr. GERSÃO, Eliana, “Um século de justiça de menores em Portugal, No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de maio de 2011”, (n.º2), p. 1390.

interesse da criança/do jovem e no reconhecimento de direitos e princípios constitucionais, olhando para o menor enquanto verdadeiro sujeito de direitos, assumindo, por isso um estatuto de *sujeito processual*.

Com efeito, em sintonia com o art. 40.º da Convenção sobre os Direitos da Criança-(CDC)¹³, o art. 45.º da LTE¹⁴ consagra o estatuto processual dos jovens, verdadeiro *sujeito processual*. Está pois em causa, como sublinha Anabela Miranda Rodrigues, “assegurar ao menor o estatuto de sujeito do processo, em que ele passa a desempenhar o papel principal”¹⁵. Com efeito, há aqui a consagração de um estatuto que se aproxima do estatuto do processo penal do arguido¹⁶, ancorando-se, em parte, na legislação processual penal e na teleologia subjacente, “embora pelo lado dos direitos”, havendo situações em que a extrapolação não fará sentido¹⁷.

¹³ Cfr. Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, em 26 de janeiro de 1990, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro. Designadamente o art. 40.º/2 CDC prevê regras que asseguram garantias mínimas de natureza processual: presunção da inocência; direito à informação acerca dos factos sob os quais poderá o menor vir a ser responsabilizado; direito ao silêncio; direito a assistência judiciária; presença dos pais ou representantes legais; direito a ser acompanhada por intérprete gratuitamente, se não compreender a língua utilizada; direito ao recurso.

¹⁴ No âmbito do art. 45.º/2, vêm consagrados expressamente os seguintes direitos: o direito a ser ouvido; o direito ao silêncio; o direito a ser assistido por especialista em psiquiatria ou psicologia sempre que o solicite, para efeitos de avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar; o direito a ser assistido por defensor; o direito a ser acompanhado pelos pais, representante legal ou pessoa que tiver a sua guarda de facto, exceto se o interesse do menor ou exigência do processo tutelar apontarem em sentido diverso; direito a oferecer provas e requerer diligências (direito de intervenção); o direito a ser informado dos seus direitos e o direito ao recurso. A este elenco de direitos contemplado no art. 45.º poderemos acrescentar, designadamente, o direito à presunção da inocência. Com efeito, o menor presume-se inocente até que a sua responsabilidade pela prática dos factos seja estabelecida pelo tribunal, beneficiando de assistência jurídica ou outra considerada necessária para a preparação e apresentação da sua defesa (art. 40.º/2, b), i da CDC). Articulado ao princípio da presunção da inocência surge o princípio *in dubio pro reo* quanto à existência, ou não, de indícios suficientes (art. 32.º/2, da CRP), na justiça juvenil. Cremos que faz sentido a aplicação deste princípio na intervenção tutelar educativa, devendo o MP/Tribunal decidir em sentido favorável ao jovem nas situações em que tem dúvida relativamente à matéria de facto, devendo assim ser entendido o disposto nos arts. 87.º/1, b) e 92.º/1, a), da LTE - neste sentido RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, (n.º2), p. 202.

¹⁵ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, (n.º 2), p. 383.

¹⁶ Assim, BRAVO, Teresa, “As faces de Janus - Uma perspectiva crítica sobre o direito de menores em Portugal”, in *Estudos em Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2007.

¹⁷ Ver LÚCIO, Álvaro Laborinho “O advogado e a Lei Tutelar Educativa”, (n.º6), pp. 69; 75, entre outras.

Em fórmula simples, e socorrendo-nos das palavras de Eliana Gersão¹⁸, com a LTE institui-se “a posição jurídica a que as crianças têm direito no mundo de hoje”, impondo-se que aos menores “sejam reconhecidas, pelo menos, as garantias do processo criminal de natureza constitucional...”.

Está, pois, em causa a concretização da política de juventude estadual, que assume como objetivos políticos prioritários os descritos no art. 70.º/2, da Constituição da República Portuguesa (CRP): “o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa (...) e o sentido de serviço à comunidade”¹⁹.

Como se sublinha no ponto 4, da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à LTE: A intervenção tutelar educativa justifica-se “quando se tenha manifestado uma situação desviante que torne clara a ruptura com elementos nucleares da ordem jurídica”, legitimando-se o Estado para educar o menor, mesmo contra a vontade de quem está investido das responsabilidades parentais.

Como aí se sublinha (cfr. ponto 6, da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à LTE), o Estado deve intervir nas situações em que o menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, “ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais. Torna-se necessário educa-lo para o direito, para que interiorize as normas e os valores jurídicos”.

3. Pressupostos, finalidades e princípios estruturantes da intervenção tutelar educativa

Daí que, e atendendo às particularidades do sujeito em causa (menor entre os 12 e os 16 anos), à luz da LTE, existam *pressupostos* específicos da intervenção tutelar educativa: (i) a prova da prática de um facto ilícito qualificado pela lei como crime, independentemente da sua natureza pública, semipública

¹⁸ GERSÃO, Eliana, “Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores - Memória de um processo de reforma”, (n.º2), p. 465

¹⁹ O modelo traçado dá forma, como se sintetiza na da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à LTE (ponto 6): “ao dever que ao Estado incumbe de garantir o gozo e o exercício dos direitos fundamentais à liberdade e à autodeterminação (de que é titular o menor) e à educação e manutenção dos filhos (de que são detentores os progenitores); ao dever que ao Estado incumbe de proteger a infância e a juventude, nomeadamente a formação da sua capacidade de autodeterminação (função-educação); ao dever que ao Estado incumbe de proteger a paz social e os bens jurídicos essenciais da comunidade (função-segurança); [e] ao dever que ao Estado incumbe, em home-nagem a objectivos de prevenção geral e especial, de atacar precocemente o desenvolvimento de carreiras criminosas”.

ou particular em sentido estrito (cfr. arts. 1.º, 72.º, 75.º, 87.º/1, al. a) e b), 110.º/1, al. b), n.º 3, al. b) e 120.º, da LTE)²⁰, por menor entre os 12 e os 16 anos; (ii) a necessidade de educação do menor para o direito (cfr. art. 2.º/1), (iii) subsistente no momento da decisão (cfr. art. 7.º/1, parte final - princípio da atualidade; cfr. igualmente arts. 78.º/1, 87.º/1 al. c), 93.º/ 1 al. b), 110.º/ 2, e 119.º/ 2 e 120.º, da LTE).

Em sequência, podemos também salientar a existência de *princípios e fundamentos estruturantes* da intervenção tutelar educativa.

Desde logo, (i) importa enunciar o princípio da mínima intervenção, da proporcionalidade, da necessidade e da atualidade da existência de necessidades educativas concretizando-se “o inarredável respeito pelo direito do menor à liberdade e à autodeterminação e o de, por regra, evoluir no seu ambiente sócio-familiar natural, sem constrangimentos por parte de outrem ou do Estado” (ponto 7 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à LTE); A intervenção tutelar educativa não tem, pois, carácter retrospectivo, mas apenas prospetivo, de educação, pelo que só será aplicada medida tutelar educativa se à data da decisão existirem necessidades tutelares educativas.

Além disso, as medidas tutelares educativas podem/têm de ser revistas nos termos dos arts. arts. 136.º a 139.º da LTE, podendo proceder-se à sua modificação, substituição, suspensão, extinção, redução ou prorrogação da duração. Está, pois, aqui em causa um “mecanismo de avaliação, de aferição e reorientação das medidas tutelares face às necessidades educativas actualizadas do menor”²¹. Este mecanismo assegura e concretiza o *princípio da necessidade*, da

²⁰ Com efeito, a Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, alterou os art.ºs 72.º/1 e 87.º/2, da LTE. Nos termos do art.º 72.º/1, da LTE, *qualquer pessoa* pode denunciar a prática de facto qualificado pela lei como crime, independentemente da natureza deste. Prevê-se, agora, a intervenção tutelar educativa relativamente à prática de factos qualificados como crime, independentemente da respetiva natureza pública, semipública ou particular e da ausência de qualquer apresentação de queixa do ofendido. Entende-se que aquela intervenção não deve estar dependente de queixa do ofendido, dado que a sua falta não significa que não haja necessidade de educação do menor para o direito. Como ponderar e conciliar, aqui, os interesses do ofendido e os do jovem em ser educado para o direito? O n.º 2, do art.º 87.º, da LTE permite que o Ministério Público determine o arquivamento do inquérito quando, tratando-se de facto qualificado pela lei como crime semipúblico ou particular, o ofendido manifeste no processo *oposição* ao seu prosseguimento, invocando fundamento especialmente relevante. Esta possibilidade constitui uma “válvula de escape”, desde que existam razões ponderosas para o ofendido se opor por colidir com os seus interesses dignos de proteção, sendo que a decisão de arquivamento se encontra no âmbito do poder discricionário do Ministério Público que ponderará os interesses em causa. De todo o modo, revelando-se esta intervenção desnecessária, a LTE contém mecanismos que permitem que se proceda ao arquivamento liminar do inquérito (art.º 78.º, da LTE) ou ao seu arquivamento (art.º 87.º, da LTE), ou ainda, sendo caso disso, e ao abrigo da LPCJP, é possível uma intervenção no âmbito da promoção e proteção.

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, (n.º 2), p. 254.

atualidade da intervenção tutelar educativa, que atende à evolução do jovem. Como sintetizam Anabela Miranda Rodrigues/ António Carlos Duarte-Fonseca, está em causa o “*princípio da contingência*, sempre inspirado na necessidade de adequar a intervenção a uma personalidade em rápida transformação”²².

Com efeito, o procedimento de revisão “*leva ao limite o princípio da adequação/necessidade da intervenção tutelar, procurando que a medida tutelar se mostre ajustada, de forma quase contínua, à evolução da situação do menor*”²³.

²² RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, (n.º 2), p. 254.

²³ *Relatório Final da Comissão para a Reforma da Execução de Penas e Medidas* (secção B, ponto 7.7). De resto, um apontamento aqui se impõe relativamente a duas inovações trazidas no contexto da revisão da LTE pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro: o *Período de supervisão intensiva* - art.º 158.º-A e o *Acompanhamento pós internamento* - art.º 158.º-B. Assim, por decisão judicial, precedida de parecer dos serviços de reinserção social, a supervisão intensiva pode ter lugar no decurso da execução da medida de internamento, em meio natural de vida ou em casa de autonomia, num período compreendido entre três meses e um ano, concretizando-se os objetivos de um plano de reinserção social (podendo o tribunal impor o cumprimento de obrigações ou de regras de conduta). No acompanhamento pós-internamento previsto no art.º 158.º-B - que apenas pode ocorrer quando não tenha sido determinado período de supervisão intensiva - prevê-se que cessada a medida de internamento, os serviços de reinserção social acompanhem o regresso do menor à liberdade. Num primeira leitura, ainda carente de aprofundamento, nomeadamente com base em dados empíricos que ainda se revelam insuficientes, parece-nos de saudar esta inserção, como já fizemos anunciar, referindo, desde logo, que “[o] art.º 158.º-A, aditado à LTE, constitui a maior inovação, indo de encontro a uma necessidade assinalada” (cfr. ANDRADE, Amélia Sineiro/SANTOS, Margarida, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, (n.º 3), pp. 345 e 346), por ser *mais* um mecanismo ao dispor para promover “até ao limite” o princípio da necessidade e da atualidade que inspiram a intervenção tutelar educativa.

Assim, por exemplo, a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos sublinhava a necessidade de “complementar [a] intervenção educativa em sede institucional com a experiência da continuidade da intervenção em meio natural de vida, ainda sob a tutela do tribunal que aplicou a medida, com vista a supervisionar e testar a aplicação da aprendizagem efetuada em microcosmos de confinamento”, propondo, em sequência, no contexto de alteração da LTE, a “implementação de um período de supervisão intensiva no término de todas as medidas de internamento superiores a um ano, de forma a testar-se, ainda em sede tutelar educativa, com maior eficácia, o resultado do processo educativo levado a efeito nos CE” – cfr., *Proposta de Alteração da Lei Tutelar Educativa subscrita pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos*, abril de 2013. Também, por exemplo, SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa Comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, (n.º 6), p. 96, sublinha que a medida de internamento “se mostra incompleta no seu desenho, devendo prever duas fases necessárias e obrigatórias: uma caracterizada pelo internamento em Centro Educativo propriamente dito, a outra caracterizada pela reinserção e tratamento, fase essa, necessariamente, no meio social e em liberdade (por oposição a privação em Centro Educativo)”. O certo é que não podemos igualmente deixar de acompanhar algumas das críticas que se apresentam a este mecanismo. Assim, por exemplo, José Eduardo Lima aponta que “... apesar de tais ansias pela supervisão intensiva (...) este mecanismo, ou outro similar, foi de propósito descartado do desenho inicial que a LTE traçou para a execução das medidas”. Com feito, alerta o Autor que a arquitetura contemplada no art.º 158.º-A assemelha-se ao instituto

Além disso, (ii) a intervenção tutelar é fixada nos 12 anos de idade, enquanto concretização do “limiar da maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção” (ponto 8 da Exposição de Motivos da LTE da Proposta de Lei n.º 266/VII, que deu origem à LTE). Com efeito, como salienta Anabela Miranda Rodrigues, a intervenção tutelar educativa assenta na especificidade do destinatário, enquanto “ser biológico e psicossocial em evolução”, inimputável, ou seja, verifica-se “... incapacidade de culpa (jurídico-penal) (...), de um juízo de censura ético-social à personalidade do agente, que aqui está, ainda, em construção” e que nessa medida reclama uma resposta distinta da dos adultos, sujeitos à intervenção do sistema penal²⁴. Como se afirma na Exposição de Motivos (ponto 8), “[a] opção pelo limite dos 12 anos, descontada a margem de aleatoriedade de que inevitavelmente padece, procura traduzir tendencialmente o início da puberdade, fase a que corresponde uma maior expressão social da actividade do menor e que normalmente representa o limiar da maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção”.

Vale também na intervenção tutelar educativa (iii) um princípio da tipicidade quanto à previsão das medidas tutelares educativas, embora se contemple um princípio de flexibilização quanto à determinação do conteúdo e das modalidades de execução das medidas, que devem ser aplicadas seguindo os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

A intervenção tutelar educativa orienta-se (iv) pelo princípio da preferência pelas medidas não institucionais, no âmbito da denominada “justiça amiga

da liberdade condicional “como se a execução das medidas tutelares educativas comungasse da rigidez que caracteriza a execução da pena de prisão (...) que justifica um período de adaptação como a liberdade condicional, durante o qual se processa a transição progressiva e vigiada da vida confinada em estabelecimento prisional para a vida em liberdade”. Ou seja, “[a] transição gradual do jovem internado para o ambiente em liberdade foi, por conseguinte, pensada no âmbito da revisão da medida e se os tribunais não a operavam não foi tanto por falta de solução legal...”. Neste sentido, o Autor refere-se a um “equivoco”, havendo uma “notória sobreposição de razões fáticas subjacentes à aplicação da supervisão intensiva e à revisão da medida de internamento” – cfr. LIMA, José Eduardo, “Anotação ao artigo 158-A.º”, in: AA. VV., *Lei Tutelar Educativa Anotada* (coord.: DIAS, Cristina, SANTOS, Margarida, CARMO, Rui do), Coimbra: Almedina, 2018, pp. 457 e segs. Neste sentido, sublinha o Autor que seria preferível que o período de supervisão intensiva tivesse sido enquadrado como um dos efeitos da revisão da medida de internamento, a par dos já previstos no art. 139.º/1, da LTE, assim se desenvolvendo este regime. De qualquer das formas, caberá ao Tribunal apontar o caminho que se adegue ao caso em concreto. De todo o modo concordamos interiramente com o ASutor no sentido de repudiar qualquer “colagem” aos institutos penais, como é o da liberdade condicional, na medida em que assentam em fundamentos e perspectivas distantes das que inspiram a intervenção tutelar educativa. Esperemos, pois, que os bons propósitos do legislador (que conjecturámos) não sejam apenas *mais* um mecanismo que apenas traz mais dificuldades práticas, mas sim um meio de promover efetivamente a integração na comunidade por parte do jovem.

²⁴ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”, (n.º3), pp. 374 e 378.

das crianças²⁵, tendo por base as orientações e diretrizes dos instrumentos internacionais e europeus em matéria de justiça juvenil²⁵. Tem-se, pois, acentuado que o Tribunal deve dar preferência, sempre que possível, às medidas não privativas da liberdade e, dentro destas, às medidas reparadoras e consensuais. Com efeito, os instrumentos internacionais e europeus têm acentuado a opção pelas medidas na comunidade, pelas medidas centradas na formação e acompanhamento do menor e pelas medidas flexíveis e consensuais²⁶.

²⁵ Cfr., entre outros documentos internacionais e europeus, o art. 37.º, b) da CDC e as Regras 17.1.c) e 19.1) das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de menores - “Regras de Beijing” (Pequim) – recomendadas pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes e aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral 40/33, de 1985 que indicam a privação da liberdade como o último recurso, devendo ter a duração mais breve possível; cfr. a Regra 19 das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010. Ver também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas da Liberdade – “Regras de Tóquio”, recomendada pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e aprovada pela Resolução da Assembleia Geral 45/110, de 1990; as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – “Diretrizes de Riade”, recomendada pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e aprovada pela Resolução da Assembleia Geral 45/112, de 1990; as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade – “Regras de Havana” -, recomendada pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e aprovada pela Resolução da Assembleia Geral 45/113, de 1990. No âmbito do Conselho da Europa, importa referir a Recomendação R (87) 20 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre reações sociais à delinquência juvenil e a Recomendação R (88) 6 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre reações sociais ao comportamento delincente dos jovens de famílias imigrantes, bem como as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, estabelecendo, desde logo, os princípios do superior interesse da criança, do respeito e da participação. No âmbito da União Europeia, importa, nomeadamente, atentar no Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A Prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13) art. 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; e na **Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de junho de 2007, sobre a delinquência juvenil: o papel da mulher, da família e da sociedade (2007/2011(INI))**.

²⁶ Em especial, cfr., por exemplo, o art. 40.º/4 da CDC, que sublinha a necessidade de alternativas às medidas institucionais, e as Regras 17.1 b); e 18.1 e 19.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de menores - “Regras de Beijing” (Pequim) – recomendadas pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes e aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral 40/33, de 1985, que acentuam as restrições da liberdade como medida de último recurso, reduzida ao mínimo possível, devendo existir uma pluralidade de medidas, que permita a flexibilidade e evite ao máximo a institucionalização. Neste contexto vale analisar, ainda, entre outros, o ponto 3.3.1., do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A Prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13), onde se sublinha, nomeadamente, que o *modelo de responsabilidade* assenta, entre outros princípios, na flexibilização e diversificação das reações, promovendo-se “medidas flexíveis, ajustáveis às circunstâncias

Afigura-se mister também sublinhar (*v*) a importação de princípios/institutos relevantes do processo penal que concretizam as garantias constitucionais, assim se conferindo legitimidade à intervenção. Aqui pode destacar-se, entre outros, o princípio da legalidade processual, o princípio do contraditório, o princípio da judicialidade, a participação do ofendido; a celeridade do processo judicial; a inclusão da mediação; o princípio da obtenção da verdade material, da oralidade, da imediação e da livre apreciação da prova.

No contexto tutelar educativa afigura-se essencial (*vi*) o envolvimento dos pais, representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto do menor. Com efeito, a medida escolhida deve ser suscetível de obter a maior adesão do menor e dos seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto (art. 6.º/1, da LTE; neste seguimento, a participação dos pais ou de outras pessoas está prevista em diversos momentos processuais: o art. 22.º, da LTE estabelece que o Tribunal associe os pais ou outra pessoa de referência para o menor, sempre que possível e adequado, à execução da medida; para além do disposto nos arts. 53.º/2, da LTE (comunicação da detenção), 82.º (obrigação de comparecimento na sessão conjunta de prova), 84.º/2 e 5, da LTE (audição no âmbito sobre o plano de conduta no âmbito da suspensão do processo), também no âmbito da audiência prévia/audiência, nomeadamente na esteira dos arts. 101.º/2, al. b), 104.º/2, al. b), 109.º, 120.º, da LTE, se alude à audição dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto do menor. O princípio da adesão do menor e dos seus pais (ou do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto do menor) promove a reconstrução de vínculos à comunidade e a interiorização de que é necessário alterar comportamentos, por parte dos jovens e dos pais (ou de outras pessoas), para que estes reconstruam práticas educativas²⁷.

do menor, de acordo com as condições, a evolução e os progressos no tratamento ou na execução da sentença, como alternativas à privação de liberdade” (ponto 3.3.1); dá-se igualmente destaque às novas tendências de justiça juvenil, salientando-se a importância de “alternativas possíveis para responder à delinquência juvenil, deixando de parte o sistema de internamento tradicional”, designadamente com recurso a sistemas substitutivos ou complementares das medidas privativas da liberdade “de forma que o tratamento dos menores seja mais eficaz e sobretudo mais educativo para o seu desenvolvimento pessoal e socioprofissional” (ponto 4.1). Sublinha-se que “[a]s boas práticas europeias no âmbito da justiça de menores dividem-se em três grandes eixos: a prevenção, a intervenção educativa na própria comunidade ou em centros e a integração sociolaboral” (ponto 4.2). Ou seja, “[v]ão ganhando terreno as sanções não punitivas, como o serviço comunitário, a compensação e a reparação, a mediação com a vítima ou com a comunidade de origem, a formação profissional em práticas, ou tratamentos especiais para as toxicodependências e outras dependências, como o alcoolismo” (ponto 4.5).

²⁷ Cfr. BRAZÃO, Celso/CUNHA, Magda/MESQUITA, Paula, “Intervenção tutelar educativa e abordagem multissistémica. Contributos da prática”, *Ousar Integrar, Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 3, DGRS (2009), p. 101. Cumpre acentuar que, no que diz respeito à execução participada (art. 22.º), a Lei n.º 4/2015 veio reforçar o princípio da adesão dos pais ou de outras pessoas de referência para o menor ao alargar a execução participada às medidas tutelares institucionais, passando a abranger todas as medidas tutelares educativas (na linha da *Proposta de Alteração da lei Tutelar*

Cabe ainda acentuar (vii) a necessidade de existência de uma estreita articulação entre a intervenção tutelar educativa e a de promoção e proteção das crianças em perigo. Como se tem salientado, “[a] maioria dos jovens em cumprimento de medidas tutelares educativas tem ou teve anteriormente um processo de promoção e proteção. De facto, os jovens são os mesmos e necessitam de uma intervenção articulada”²⁸.

A intervenção tutelar educativa tem como *finalidade* a “educação do menor para o direito e a inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” (art. 2.º/1). Com efeito, à luz do modelo tutelar educativo ancorado na LTE, o Estado deve intervir nas situações em que o jovem, “ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, revele uma personalidade hostil ao dever-ser jurídico básico, traduzido nas normas criminais. Torna-se necessário educa-lo para o direito, para que interiorize as normas e os valores jurídicos” (cfr. ponto 6, da ^{Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/V} II, que deu origem à LTE). Numa palavra, as medidas tutelares educativas configuram “instrumentos de pedagogia para a responsabilidade” e socialização²⁹.

Educativa subscrita pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, abril de 2013). De resto, o envolvimento dos pais ou de outras pessoas de referência decorre de várias recomendações dos instrumentos internacionais e europeus: cfr., nomeadamente, as *Regras de Beijing* (Regras 1.3 e 15.2); a Recomendação do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre novas formas de tratar a delinquência juvenil e o papel da justiça juvenil (Rec(2003)20), de 24 de Setembro de 2003 (parte III, ponto 10) e a **Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de junho de 2007, sobre a delinquência juvenil: o papel da mulher, da família e da sociedade (2007/2011(INI), especialmente n.º 7 e 11. Aqui se sublinha** “o papel específico da família em todas as etapas do combate à delinquência juvenil ...” (n.º 7) e impele-se os Estados-Membros na formulação de “novas medidas inovadoras de abordagem judicial, como a participação directa dos pais ou tutores do menor no processo penal – desde a fase da acusação até à da aplicação da pena – conjugadas com a reeducação e o apoio psicológico intensivo, a possibilidade de escolher uma família de acolhimento para, se necessário, assegurar a educação do menor e o apoio em termos de aconselhamento e de informação aos pais, professores e alunos nos casos de comportamento violento dos menores no espaço escolar” (n.º 19).

²⁸ DGRSP – Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, “ENCONTRO - Para uma resposta diferenciada na prevenção da reincidência e na educação para o direito”, novembro 2017, disponível em <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/12/DSJJ-ppt-Reuni%C3%A3o-Magistrados-NOV2017.pdf>. Neste sentido, como aí se refere: “[c]iente dessa necessidade, a DGRSP tem vindo a trabalhar com a Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, com o Instituto de Segurança Social, IP e com a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa para a definição de um Guião de procedimentos e articulação entre a DGRSP e os serviços responsáveis pela execução das medidas de promoção e proteção”.

²⁹ Cfr., RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, (n.º2), pp. 355-357. Para uma reflexão sobre o que significa educar para o direito, cfr., entre outros, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?”, (n.º2), em especial pp. 355 e segs.; Ver também RODRIGUES, Anabela Miranda, “Justiça Juvenil e Delinquência: uma questão de direitos”, in: AA.VV., *40 Anos de Política de Justiça em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 798; GERSÃO, Eliana, “Um século de

Está, pois, em causa a *necessidade* (avaliada em concreto) de correção da personalidade do jovem no plano do dever-ser jurídico concretizada na prática de um facto ilícito (cfr. ponto 7, da Exposição de Motivos da LTE), na prática de “ um facto de tal modo grave que indicie a sua incapacidade de se inserir na comunidade”, como refere Anabela Miranda Rodrigues³⁰.

4. A intervenção tutelar educativa: desafios e perspetivas futuras

Importa, agora, dar conta de alguns desafios a que importa atender.

Um primeiro apontamento se impõe relativamente à *oportunidade* da intervenção no jovem até aos 21 anos. Com efeito, deve existir, para que se alcance um efetivo efeito pedagógico da intervenção tutelar educativa, uma atuação precoce e uma proximidade entre a prática do facto e a aplicação (a ocorrer) da medida tutelar para que a criança/jovem compreenda “a noção de comportamento-consequência e interiorz[e] o desvalor da sua conduta”³¹. A observância do princípio da celeridade afigura-se essencial, atendendo à oportunidade da intervenção tutelar educativa. Nesta medida, como sublinha Maria João Leote de Carvalho, “um dos maiores desafios que se coloca na administração da justiça é precisamente o desfazamento temporal entre os factos identificados nas vidas de crianças e jovens, tanto no sistema de promoção e proteção como no sistema tutelar educativo, e a execução das medidas adequadas”³². Como afirma a Autora, “[o] jovem vive, essencialmente, em função do tempo presente, do que é imediato e visivelmente atingível, situação que se reflete tanto na passagem ao ato delinquento como obriga também a pensar a oportunidade da reação social em relação ao mesmo”³³.

justiça de menores em Portugal, No centenário da Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 2011”, (n.º2), p. 1390, salientando que não se visa a educação global do menor, mas a sua educação para o direito; CUNHA, M. Conceição, “Respostas à Delinquência Juvenil – Do internamento para a vida em liberdade: primeiros passos para a inserção social dos jovens”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1 a 4 (2016), em especial pp. 460 e segs.

³⁰ Cfr. RODRIGUES, Anabela, “Introdução”, in RODRIGUES, Anabela Miranda/DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa* (n.º2), p. 8.

³¹ Cfr. BRAZÃO, Celso/CUNHA, Magda/MESQUITA, Paula, “Intervenção tutelar educativa e abordagem multissistémica. Contributos da prática”, (n.º 26), pp. 99 e 100.

³² CARVALHO, Maria João Leote de, “Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 148, out-dez (2016), p. 89.

³³ Cfr. CARVALHO, Maria João Leote de, “A Lei Tutelar Educativa – A criança e o facto qualificado na lei como crime. A medida de internamento – sentido e potencialidades”, in AA. VV., *Intervenção Tutelar Educativa*, Lisboa: CEJ, 2015, p. 231, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf.

Uma outra consideração é devida para sublinhar a necessidade de existência de uma perspetiva multidisciplinar e multi-institucional também na intervenção tutelar educativa de forma a obter “um conhecimento global” do jovem.³⁴

Em sequência, sobretudo na execução de medidas tutelares educativas de acompanhamento educativo e de frequência de programas formativos, tem-se sublinhado a necessidade de uma intervenção tutelar educativa que vá de encontro a uma “abordagem multissistémica”, “multimodal”, que considere o comportamento ilícito como o resultado de diferentes fatores e variáveis, intervindo nos vários contextos de inserção do menor, considerando a relação com os seus cuidadores mais próximos, com a escola, grupo de pares e comunidade³⁵.

Um outro apontamento é devido para acentuar a necessidade de se chegar de forma muito concreta, diferenciada e especializada às necessidades e ao contexto do jovem. Desde logo, é necessário que as medidas e, especialmente a arquitetura e desenvolvimento da sua execução, sejam adequadas a alcançar a essência subjacente à intervenção tutelar educativa. Ora, desde logo, tem-se salientado a existência de algumas dificuldades práticas ou desajustamentos na execução das medidas, acompanhada de uma “exiguidade das respostas educativas e formativas”³⁶, tornando difícil de alcançar a “pedagogia” pretendida com a

³⁴ Assim, por exemplo, de acordo com as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, em especial a Regra n.º 16: “No pleno respeito pelo direito da criança à vida privada e familiar, deve ser encorajada a cooperação estreita entre os diferentes profissionais, com vista a obter um conhecimento global da criança e avaliar a sua situação jurídica, psicológica, social, emocional, física e cognitiva”). A este propósito é importante analisar, entre outros, o ponto 7.1.4.1. do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A Prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13), onde se sublinha que a intervenção no âmbito da justiça juvenil “não se efectua apenas ao nível jurídico (em que os diferentes modelos e tradições jurídicas podem representar um obstáculo ao dito processo), devendo, pelo contrário, ser multidisciplinar e multi-institucional. Deve, assim, integrar diversos domínios do saber e diferentes instituições, autoridades e organizações (administrações públicas, regionais e locais, serviços sociais de diferentes âmbitos, órgãos de polícia criminal e autoridades judiciais, organizações sem fins lucrativos, associações de famílias, etc.).

³⁵ Sobre esta “abordagem multissistémica”, cfr. BRAZÃO, Celso/CUNHA, Magda/MESQUITA, Paula, “Intervenção tutelar educativa e abordagem multissistémica. Contributos da prática”, (n.º 26), pp. 101 e segs.; ver também SILVA, Júlio Barbosa e, *Lei Tutelar Educativa Comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, (n.º11), p. 88.

³⁶ Cfr., entre outros Relatórios, o *Relatório 2014 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos*, apresentado em janeiro de 2018, disponível em pp.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a45775131525455793942636e463161585a765132397461584e7a59573876556d56735958544473334a7062334d76556d56735958544473334a

aplicação da(s) medidas tutelar(es) educativa(s)³⁷. No que diz respeito aos centros educativos e à execução da medida de internamento, tem sido apontada a existencia de “uma lógica de contenção e ocupação do jovem, o que coloca a questão da necessária reflexão sobre a redefinição do modelo de intervenção no centro educativo”, afigurando-se essencial a implementação de verdadeiros programas educativos e psicossociais³⁸.

Ademais, e sobremaneira, é necessário ir ao encontro, de forma efetiva, do jovem que padeça de alguma anomalia psíquica, mas que não o impeça de compreender o sentido da intervenção tutelar educativa (cfr. art. 49.º *a contrario*, da LTE).

Com feito, verifica-se uma “ausência de diferenciação e de especialização da intervenção em centro educativo no âmbito da saúde mental do jovem”³⁹, bem como “falta de recursos ao nível da saúde mental [que] limita a execução da medida de Imposição de Obrigações, como os programas de tratamento médico, médico-psiquiátrico, médico-psicológico ou equiparado, quando é esta a área prioritária de intervenção”⁴⁰.

Com efeito, no que diz respeito a jovens que padeçam de algum problema mental, cumpre ainda salientar que se vem suscitando a inserção de uma medida de “internamento terapêutico”, tendo-se perdido, por isso, em nosso entender,

70627930794d4445304a5449775a47456c4d6a424462323170633350446f32386c4d6a426b5a-5355794d45466a623231775957356f5957316c626e52764a5449775a5355794d455a706332-4d754a5449775a47397a4a544977513256756443346c4d6a42465a48566a59585270646d397a4c6c42452673d3d&fich=Relatório-2014+da+Comissão+de+Acompanhamento+e+Fisc.+dos+Cent.+Educativos.PDF&Inline=true, p. 8, onde se sublinha “a necessidade de reflexão sobre a forma de diversificar alternativas que melhor sirvam o propósito de de desenvolvimento pessoal e social dos jovens internados e a sua inclusão social”.

³⁷ Ver, por exemplo, DGRSP – Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, “ENCONTRO - Para uma resposta diferenciada na prevenção da reincidência e na educação para o direito”, Novembro 2017, disponível em <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/12/DSJJ-pp-t-Reuni%C3%A3o-Magistrados-NOV2017.pdf>: “As Equipas de Reinserção Social deparam-se com alguma frequência com a aplicação de medidas não exequíveis na área de residência dos jovens, ou cuja execução implica custos para as famílias assim como despesas de deslocação incomportáveis. (...) A colocação em cursos desajustados das características dos jovens e a falta de cursos na comunidade, como os CEF / PIEF nem sempre permite dar resposta à escolaridade de jovens mais velhos e com nível habilitacional muito baixo”.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) *et. al.*, *Entre a Lei e a Prática: Subsídios Para Uma Reforma Da Lei Tutelar Educativa*, (n.º 5), pp. 342 e 343.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) *et. al.*, *Entre a Lei e a Prática: Subsídios Para Uma Reforma Da Lei Tutelar Educativa*, (n.º 5), p. 343.

⁴⁰ DGRSP – Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, “ENCONTRO - Para uma resposta diferenciada na prevenção da reincidência e na educação para o direito”, Novembro 2017, disponível em <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/12/DSJJ-pp-t-Reuni%C3%A3o-Magistrados-NOV2017.pdf>.

uma oportunidade na Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro para introduzir uma alteração há muito almejada⁴¹, apesar das críticas e receios que não desconsideramos.

Uma última nota (breve) é devida para dar conta do sentido da evolução, dos limites e potencialidades da primeira revisão da LTE, operada através da Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro. Esta lei veio sobretudo corrigir e dissipar algumas dúvidas sentidas na prática, mantendo-se o paradigma e os princípios estruturantes da intervenção tutelar educativa, embora tenha promovido algumas inovações⁴².

De resto, cremos que se perdeu em 2015 uma oportunidade de relançar a “mediação” no contexto tutelar educativo, apesar das dúvidas e interrogações que o contemplado, por exemplo, no art.º 42.º da LTE nos sugere⁴³. Com efeito, no contexto da intervenção tutelar educativa, tem-se sublinhado a importância da desjudicialização da resposta, no desenvolvimento de uma cultura de respeito pelos direitos das crianças, visando a promoção de respostas diferentes (alternativas ou complementares?) às previstas no sistema de Justiça Juvenil⁴⁴. Importa,

⁴¹ Cfr. ANDRADE, Amélia Sineiro/SANTOS, Margarida, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, (n.º3), p. 348. Assim, por exemplo, a medida já tinha sido proposta por SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.) *et. al.*, *Entre a Lei e a Prática: Subsídios Para Uma Reforma Da Lei Tutelar Educativa*, (n.º 5), p. 343, que acentuou a necessidade de diferenciação e especialização da intervenção para jovens com problemas relacionados com a saúde mental: (“[...]acuna frequentemente indicada pelos operadores é a da **ausência de resposta para as situações relacionadas com a saúde mental**. A ausência de diferenciação e de especialização da intervenção em centro educativo no âmbito da saúde mental do jovem reclama a necessidade de instituir um internamento para tratamento médico e médico-psicológico, ainda que não executado numa instituição da justiça ...”). No mesmo sentido, no *Relatório Final do Grupo de Trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa remetido ao Senhor Secretário de Estado da Justiça* (n.º 5), previa-se, no art. 45.º da Lei da Responsabilização Educativa (LRE), a introdução de uma nova medida: a medida de internamento terapêutico (cfr. art. 34.º/1, al i) LRE), a aplicar a jovens com idade igual ou superior a 14 anos à data da aplicação da medida (cfr. art. 44.º/3, *ex vi* art. 45.º/4, da LRE), que compreendessem o sentido da intervenção (cfr. art. 77.º *a contrario*, *ex vi* art. 45.º/4, ambos da LRE). A medida de internamento terapêutico visa “proporcionar a um jovem que cometeu um facto qualificado pela lei como crime e que padece de um problema de saúde mental ou de adição grave, um tratamento adequado, uma verdadeira terapia, que está muito para além da sua sujeição a medicação”, a ser executada em centro educativo especialmente destinada a esse fim ou em unidade especialmente destinada ao internamento terapêutico (art. 220 LRE).

⁴² Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANDRADE, Amélia Sineiro/SANTOS, Margarida, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, (n.º2), p. 348.

⁴³ Assim, ANDRADE, Amélia Sineiro/SANTOS, Margarida, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura”, (n.º3), pp. 329-348.

⁴⁴ V. *Green Paper on Child-Friendly Justice - Measures of Deprivation of Liberty for young offenders: how to enrich International Standards in Juvenile Justice and promote alternatives to detention in Europe?*, International Juvenile Justice Observatory (IJJO), European Juvenile Ju-

pois, aprofundar o debate e promover práticas de justiça restaurativa em Portugal.

5. Considerações finais

O modelo tutelar educativo português afigura-se um modelo equilibrado, de “terceira via” entre os modelos de proteção e de justiça. Foi apenas objeto de uma revisão legislativa, em 2015, pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, que, não obstante ter produzido alguns aditamentos (alguns inovadores), não alterou o modelo traçado, vindo sobretudo colmatar algumas deficiências sentidas na prática.

Não obstante, têm sido evidenciadas algumas problemáticas práticas que suscitam ou desafiam a própria finalidade educativa, pedagógica das medidas tutelares educativas, inspiradas por uma arquitetura legal que anta no princípio da necessidade, da atualidade e da contigência. Ou seja, a intervenção tutelar educativa afigura-se uma intervenção de “linha de trás” e não de “linha da frente”, que compete aos pais ou a outros cuidadores.

Importa pois, manter muito viva, sobretudo na *praxis* e na execução da(s) medida(s) tutelares educativas, o verdadeiro sentido, a essência da intervenção tutelar educativa arquitetada na LTE. Com efeito, se a aplicação do direito tutelar educativo (em sentido amplíssimo, sistémico, interdisciplinar) não estiver munida de mecanismos, estruturas e respostas adequadas (seja oferta formativa e educativa, sejam intervenções psicoterapêuticas, ...), não estaremos perto de retroceder ao modelo anterior de proteção? Não estaremos a desenvolver um “direito penal dos pequeninos”?

Cumpra pois continuar a reafirmar que “... prosseguir os objectivos da LTE significa uma permanente capacidade para pensar soluções que em cada momento se adequem às necessidades de desenvolvimento pessoal de cada jovem e simultaneamente correspondam a propostas de efectiva integração na comunidade”⁴⁵. É que só assim se alcançará a efetiva “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”, como proclama o art.º 2.º da LTE.

stice Observatory (EJJO), 2011, disponível em http://www.oijj.org/doc/inf/Green_Paper_Academic_Section.pdf.

⁴⁵ Cfr. *Relatório 2014 da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos* (n.º 21), p. 8.

AS RELAÇÕES FAMILIARES E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA INTERPRETAÇÃO *PRO PERSONA* À LUZ DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Filipe Venade de Sousa*¹

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. O direito ao desenvolvimento da personalidade no núcleo da vida e convivência familiar das pessoas com deficiência. 3. A CDPD e o Direito da Família. 4. A interpretação conforme o regime do maior acompanhado e a CDPD.

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar e revelar que a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) no ordenamento jurídico português trouxe uma relevância juscivilística, com especial destaque para o recente novo regime jurídico do maior acompanhado, no que respeita ao exercício da capacidade jurídica no artigo 12.º da CDPD e, sobretudo, no artigo 23.º (respeito pelo domicílio e pela família), por conterem um enquadramento detalhado dos aspetos substantivos do direito de toda e qualquer pessoa com deficiência à família. Ou seja, a CDPD exige aos

¹ Professor Convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e da Escola Superior de Educação do Instituto Politécnico de Coimbra. Investigador colaborador do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho).

Estados Partes a eliminação de discriminação em razão de deficiência em relação às questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais. A matriz jus convencional reconhecida que toda e qualquer pessoa com deficiência pode querer e decidir construir o seu núcleo familiar enquanto titular de pleno direito, sem considerar qualquer paradigma paternalista, dando uma liberdade de autoconformação e autodeterminação no âmbito pessoal e sociofamiliar. O conceito de família é inclusivo a todas as pessoas, independentemente da condição subjetiva associada, por exemplo, a deficiência. A deficiência não pode ser um motivo restritivo do reconhecimento, gozo e exercício dos direitos inerentes ao âmbito familiar, tanto na dimensão pessoal como social. O pleno desfrute da convivência familiar pelas pessoas com deficiência é considerado como elemento natural da sociedade e do Estado promovendo a plena participação na sociedade sem qualquer discriminação em razão de deficiência.

Palavras-chaves: Respeito pelo direito à família; Pessoas com Deficiência; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Regime de maior acompanhado.

1. Considerações gerais

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD –, que entrou em vigor em 2009², é um instrumento jurídico internacional especializado, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como um reconhecimento consensual dos Estados Partes à necessidade de proteger, adaptando os direitos das pessoas com deficiência que estão invisíveis ou vulneráveis no sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, adaptando o catálogo dos direitos considerados relevantes para aquelas pessoas. Especificamente para o presente artigo, a CDPD contém diversas referências sobre a temática do Direito da Família e, sem dúvida, contribui relevantemente para a interpretação e aplicação conforme o Direito Interno à luz da própria CDPD.

De acordo com os artigos 1.º e 4.º, al. d), os Estados Partes são obrigados a agir em conformidade com a CDPD, tanto nos princípios fundamentais como nas normas substantivas convencionalmente tuteladas³. Por conseguinte,

² A CDPD foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, em 13 de dezembro de 2006, e aprovada pela Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho. A CDPD em apreço entrou em vigor para a ordem jurídica portuguesa em 23 de outubro de 2009 (Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 114/2009).

³ *V.*, para aprofundar a compreensão do controlo de convencionalidade, SOUSA, Filipe Venade de. *O controlo de convencionalidade como elemento característico da responsabilidade internacional do Estado*. in Pereira, Maria de Assunção do Vale (Coord.) – *Questões de Responsabilidade*

os direitos das pessoas com deficiência constituem, *per se*, o catálogo dos direitos fundamentais consagrados. A CDPD é vista como parâmetro norteador das atuações das autoridades públicas e, por outro, como referência para as entidades privadas e terceiros para que observem e respeitem, sempre que possível, os direitos das pessoas com deficiência nas suas relações interindividuais. A CDPD objetiva-se na salvaguarda de valores nucleares, enquanto garantia coletiva da mesma CDPD nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes que conformam comumente no seio da CDPD, para o pleno desfrute dos direitos consagrados na CDPD⁴. Neste sentido, em virtude do artigo 1.º, clarifica a proteção e o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais e exige, em primeiro lugar, ao Estado Parte esse garantir e, em segundo lugar, aos terceiros que respeitem as pessoas com deficiência na sociedade onde se inserem, para que participem sem qualquer discriminação em razão de deficiência.

Desde a incorporação da CDPD na ordem jurídica portuguesa, no ano de 2009, o Tribunal Constitucional declarou-se claramente⁵ a CDPD é vista como «representando um importante instrumento legal no reconhecimento e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e na proibição da discriminação destas em todas as áreas da vida». Este entendimento jurisprudencial reconhece a CDPD como «importante instrumento legal» em matéria de direitos fundamen-

Internacionais. Braga: Atas da Conferência realização na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015. setembro, 2016, pp. 157-171.

⁴ SOUSA, Filipe Venade de. *A bússola do Direito Constitucional dialógico: atualização e efetividade dos direitos fundamentais*. Revista *Católica Law Review*, Direito Público, vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 16-17: «A razão de ser da Convenção tem um interesse fundamental: salvaguardar os fins e os valores fundamentais – o respeito pelos direitos humanos – por parte de todos os Estados que a ratificam e a reconhecem como ordem jurídica específica dos direitos humanos, em particular os direitos das pessoas com deficiência, em virtude de um compromisso comum dos Estados para garantir a integridade dos direitos das pessoas com deficiência. Consequentemente, os Estados assumem as suas obrigações, de natureza objetiva, para com a Convenção em relação às pessoas com deficiência sujeitas à sua jurisdição e não aos interesses dos Estados. O objeto e fim da Convenção consiste num reconhecimento pleno dos *mesmos* direitos humanos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa com deficiência, em igualdade com as demais, na condição de titular, atendendo, portanto, às circunstâncias específicas dos seus titulares, adaptando o contexto e alcance de determinado direito fundamental assegurado e estabelecido pela Convenção. A razão de ser da Convenção não é criar *novos* direitos; pelo contrário, visa assegurar direitos *adaptados* para as pessoas com deficiência do mesmo catálogo de direitos e liberdades fundamentais que são reconhecidos a todas as pessoas. Estes devem ser adaptados, de acordo com o ordenamento jurídico estabelecido pela Convenção, incluindo o estabelecimento de mecanismos de garantia de exercício de direitos por parte das pessoas com deficiência, em igualdade de condições, em articulação com os demais ordenamentos jurídicos (inter)nacionais, em matéria de direitos fundamentais. Enfim, a Convenção consagra um tratamento jurídico adaptado e específico para os direitos fundamentais das pessoas com deficiência face aos demais tratados internacionais gerais de direitos humanos.»

⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, de 12 de julho de 2011 (relator Conselheiro João Cura Mariano)

tais. E, ainda, utilizando a recente afirmação jurisprudencial do Tribunal Constitucional⁶, para compreender, nos termos específicos, os contextos dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, os direitos consagrados pela CDPD são relevantes, para efeitos da interpretação e aplicação das normas *jusfundamentais*, por força estatuída dos artigos 8.º, n.º 2 e 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Com efeito, o Tribunal Constitucional afirmou relevantemente que não pode deixar de considerar os direitos fundamentais consagrados nos tratados internacionais em matéria dos direitos fundamentais, neste caso da CDPD, devendo igualmente ter em conta, numa perspetiva de diálogo de fontes, ou melhor «*diálogo interjurisdiccional*», os princípios e normas tuteladas pela CDPD e pela jurisprudência estabelecida pelo Comité das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Tanto na dimensão normativa propriamente dita como na dimensão interpretada, o *standard* essencial de proteção dos direitos das pessoas com deficiência consagrados deve ser considerado pelo próprio Tribunal Constitucional e pelos tribunais ordinários enquanto elemento coadjuvante da interpretação das normas constitucionais, atendendo nos princípios fundamentais da CDPD e, ainda, densificando o conteúdo dos direitos fundamentais, em termos específicos e adaptados, para revelar as novas dimensões específicas de direitos fundamentais constitucionalmente existentes, na esfera das pessoas com deficiência. Consequentemente, a coexistência de CDPD e Constituição da República Portuguesa prende-se com a delimitação do âmbito de aplicação de normas dessas ordens jurídicas com base na cláusula *pro homine* e na consequente função dialógica dos diversos níveis de proteção *jusfundamental* que conferem⁷.

2. O direito ao desenvolvimento da personalidade no núcleo da vida e convivência familiar das pessoas com deficiência

O direito ao desenvolvimento de personalidade encontra-se consagrado sob diversas normas, por exemplos nos artigos 3.º, al. a), e 19.º da CDPD e, igualmente artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Aproveitando a lição do Tribunal Constitucional, o significado essencial do direito ao livre de-

⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, de 18 de setembro de 2019 (relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro), para. 6 e seguintes.; e, também, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de março de 2009: «(...) No âmbito do controlo da constitucionalidade das leis é de ter em conta, antes de mais, a Constituição da República Portuguesa, embora se não possa excluir totalmente a possível relevância constitucional dos instrumentos internacionais, na medida em que integrem normas que possam considerar-se como correspondendo a direito constitucionalizado ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais».

⁷ V. SOUSA, Filipe Venade de. *A bússola do Direito Constitucional dialógico: atualização e efetividade dos direitos fundamentais*. Revista *Católica Law Review*, Direito Público, vol. 3, n.º 1, 2019.

envolvimento de personalidade engloba «a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida»⁸. Trata-se de um reconhecimento inerente ao paradigma de «autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas»⁹. Ou seja, é reconhecido o espaço da autodeterminação individual às pessoas com deficiência, a desenvolverem e traçarem «o seu próprio plano de vida»¹⁰, isto é, o direito de querer, desenhar e projetar, até sonhar ou errar, sobre o seu próprio projeto pessoal e familiar, incluindo as suas realizações e expectativas legítimas, em todos os aspetos da vida quotidiana, como qualquer pessoa, em condições de igualdade com as demais pessoas.

Para melhor compreensão, o princípio de autonomia individual descrito pelo artigo 3.º, al. a), da CDPD é compreendido sob dupla dimensão. Subjetivamente, toda e qualquer pessoa com deficiência tem o direito de exercer e agir livremente o seu projeto de vida em todos os aspetos quotidianos, no quadro do espaço de autodeterminação pessoal legítimo, em condições de igualdade com as demais pessoas. Objetivamente, a existência da autonomia individual presume-se pelo reconhecimento do estatuto de titularidade, gozo e exercício no quadro dessa autodeterminação, atribuídos às pessoas com deficiência pelo ordenamento jurídico em conformidade com a CDPD¹¹.

A autonomia inerente às pessoas com deficiência é o exercício da autodeterminação individual, da plena participação na sociedade onde se inserem socialmente, assumindo a possibilidade e controlo de agir sobre qualquer opção de vida de índole civil, político, social, económico e cultural em condições de igualdade com as demais pessoas em geral, independentemente da deficiência

⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de abril.

⁹ Artigo 3.º, al. a).

¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de abril.

¹¹ V., para aprofundar, SOUSA, Filipe Venade de. *A multifuncionalidade da dignidade de pessoa humana e as pessoas com deficiência*. Revista *Scientia Iuridica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, n.º 349, 2019, pp. 49-63. Especialmente, p. 63, «A Convenção ampara toda e qualquer pessoa com deficiência, que tem o direito de preservar a sua liberdade de autodeterminar a sua vida quotidiana, tomando diariamente decisões das quais não se desliga da sua condição do ser humano, depois de ter em conta a sua condição da pessoa com deficiência. Olhando, em primeiro lugar, a *pessoa* enquanto ser humano. Em segundo lugar, associa-se com a *deficiência* que é inerente à pessoa. Isto é, a concretização do respeito pela dignidade inerente às pessoas com deficiência. Assumir o contrário pode corresponder, contra as finalidades da Convenção, a uma instrumentalização alheia à condição de ser humano em razão de deficiência em si mesma. Considera-se, por isso, que a pessoa com deficiência não pode implicar uma instrumentalização do paradigma paternalista em todas as dimensões da vida quotidiana ao interesse político societal; consequentemente, não tem de ser colocada ao paradigma alheio às preferências e vontades das próprias pessoas e, por conseguinte, toda a sua vida não deve ser instrumentalizada em razão de deficiência.»

em si mesma. É entendido como *direito* inerente a toda e qualquer pessoa, independentemente do tipo e grau da deficiência em si mesma. É valor basilar da CDPD enquanto elemento principiológico ao longo do texto da CDPD¹².

A *autonomia* é o objetivo a alcançar, a *independência* individual como fim último do desenvolvimento da autodeterminação. O princípio de autonomia individual advoga, sobretudo, a promoção de autodeterminação, em detrimento do princípio da proteção, para que a pessoa com deficiência possa alcançar o pleno desenvolvimento da sua personalidade, bem como dignidade e liberdade, em todos os aspetos da vida¹³.

O princípio em apreço não quer dizer que as pessoas com deficiência sejam *autossuficientes* na tomada de decisões sobre os aspetos da sua vida, podendo, pois, necessitar de apoios¹⁴; porém, sempre que possível, devem ser respeitadas as suas vontades e preferências. Consequentemente, a CDPD opõe-se a qualquer paradigma paternalista que não tenha em consideração a vocação da própria pessoa, que determine o que é bom para a pessoa com deficiência, contra a sua vontade e as preferências, ou não dando voz e satisfazendo as preferências da própria pessoa com deficiência na condução da sua vida, desvirtuando a essência do princípio de autonomia e a independência, incluindo a sua liberdade individual de tomar as suas próprias decisões¹⁵.

Para as pessoas com deficiência a *autonomia pessoal* é a *bússola* da autodeterminação na esfera da vida quotidiana onde se insere e participa plenamente na sociedade. Havendo autonomia, existe liberdade individual que justifica plenamente a dignidade inerente. A *autonomia* e a *liberdade* complementam-se mutuamente a fim de garantir a existência condigna que é a essência da dignidade da pessoa humana, nesse caso de todas e quaisquer pessoas com deficiência. A autonomia é o instrumento imprescindível da promoção da igualdade de oportunidades para facilitar a plena participação, enquanto titular de pleno direito na sociedade.

A autonomia é a chave da acessibilidade universal para o gozo e exercício dos direitos. A independência constitui-se como um instrumento de autonomia, visando que a pessoa com deficiência tenha plena capacidade de tomar as suas próprias decisões quanto à sua vida, enquanto titular de pleno direito que é. A autonomia implica, assim, a possibilidade de tomar decisões e o exercício e gozo

¹² V. SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 185-190.

¹³ *Idem*, pp. 186-187.

¹⁴ *Idem*, p. 188.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

pleno dos seus direitos¹⁶. Em suma, a *independência* ergue-se da própria liberdade individual e a *autonomia* implica a possibilidade de tomar as suas próprias opções, que pretende decidir dentro da sua capacidade decisória autodeterminada.

À luz do art. 3.º, al. a), a própria CDPD inclui o termo “*liberdade de fazerem as suas próprias escolhas*” reforçando conceitualmente a questão da autonomia e da independência¹⁷. Esta é uma conceção menos abstrata de *liberdade*, no contexto específico na esfera dos direitos das pessoas com deficiência. Por esta razão, para a CDPD, a liberdade é a capacidade de decidir, enquanto ser humano, em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, tornando possível que as pessoas com deficiência possam fazer as suas próprias opções e os seus planos de vida em geral, e facilitando e permitindo o livre desenvolvimento da sua personalidade, de acordo com o respeito pelas suas vontades, preferências e, claro, os seus direitos consagrados¹⁸. Sem liberdade não só não é possível assegurar o respeito pela dignidade inerente, como se fragiliza a autonomia e independência. A liberdade é a expressão nuclear da *conditio sine quo* para o exercício da independência e autonomia. É importante não confundir a *liberdade* em si mesma com a *liberdade fundamental*. A última é a categorização própria da fundamentalidade dos direitos inerentes. A *liberdade fundamental* é a expressão *jurídica* e a *liberdade* em si mesma é a expressão *valorativa* de todo o ser humano. Por consequente, ambos são termos autónomos, mas interdependentes. Porque a liberdade nasce da própria essência do ser humano, independentemente da deficiência. A liberdade fundamental é atribuída pelo ordenamento jurídico que eleva a dignidade *jusfundamental*, jurídica e normativa, em que é reconhecido o *direito à liberdade* para agir livremente em virtude do direito ao desenvolvimento à autodeterminação da sua personalidade. Havendo liberdade, existindo participação na sociedade inclusiva, garantindo condições condigas de igualdade do ponto de vista humano, jurídico e social. Sem esses elementos, não faria sentido falar do princípio de liberdade como *palavras vazias*.

Consequentemente, a leitura do artigo 23.º da CDPD não pode compreender-se sem alcance de supra artigos. É intrinsecamente interligado com o princípio de autonomia pessoal e do respeito pela vida e convivência familiar projetada e desenvolvida pelas pessoas com deficiência. Logo, por assim, pressupõe que as pessoas com deficiência se encontram, por um lado, protegidas contra interferências ilegais ou arbitrarias do Estado em razão de deficiência, no livre desenvolvimento da personalidade na formação e desenvolvimento da

¹⁶ cf. DE ASIS, Rafael. — *Sobre discapacidad y derechos*, pp. 38-39 e 48-59.

¹⁷ V. SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 186-187.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

vida familiar e, por outro, a CDPD exige ao Estado Parte que assegure adequadamente condições que facilitem que qualquer pessoa com deficiência, independentemente do seu estado pessoal, desenvolva plenamente a sua personalidade no quadro da autonomia pessoal e liberdade individual de acordo com a sua vontade, preferências e, até também, as expectativas legítimas sobre o projeto de vida pessoal e familiar, independentemente do tipo e grau de deficiência.

Os artigos em questão têm em vista a proteção da singularidade de cada pessoa com deficiência, com as suas próprias características pessoais que fazem parte do núcleo da personalidade, valorizando a diversidade humana na sociedade. Não só isso. Também têm em vista a tutela do desenvolvimento da personalidade na vida familiar, para exercer plenamente a sua liberdade de formar e constituir relações familiares e matrimoniais, por exemplo.

O respeito pela família consagrado no artigo 23.º pressupõe, intrinsecamente, a proteção do direito ao desenvolvimento da personalidade no quadro do reconhecimento, gozo e exercício da liberdade individual e autonomia pessoal. Encontra-se constituído o direito da pessoa com deficiência à formação da vida pessoal e familiar em todos os aspetos relacionados com «*o casamento, família, paternidade e relações pessoais*», enquanto titular de pleno direito em condições de igualdade com as demais pessoas. Na medida em que os direitos tutelados no quadro do artigo 23.º não podem ser ilegalmente ou arbitrariamente interferidos em razão de deficiência. Por exemplo, o Estado Parte no seu regime jurídico não deve interferir no direito da pessoa com deficiência de formar ou estabelecer relações pessoais e familiares, ser pai ou mãe e de pretender desenvolver e vincular o seu núcleo familiar. Portanto, eventuais limitações do exercício desses direitos apenas são possíveis quando se revelam fundamentos legítimos e proporcionais para salvaguardar o interesse vital da própria pessoa com deficiência nas determinadas situações particulares, em detrimento da deficiência em si mesma. Isto é, estas limitações obedecem a critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade em virtude do artigo 12.º da CDPD, salvaguardando, sempre que necessário, o paradigma de capacitação auxiliada, sob pena de incorrer em violações de direitos tutelados CDPD¹⁹.

¹⁹ A título de interesse, recorre as afirmações de Alexandra Neves, pp. 321-322, 2011: «(...) Com efeito, há que evitar uma legislação conservadora, se queremos criar condições para uma sociedade responsável. Nesta, a família é encarada pela legislação como possuindo as aptidões para apreciar as escolhas/opções da pessoa com deficiência mental ou intelectual, no âmbito da sexualidade, do casamento, da procriação e na relação progenitor/filho e, consequentemente, competente para orientar a pessoa com aquela deficiência no exercício da sua liberdade sexual (de modo a evitar comportamentos de risco, quer de doenças sexualmente transmissíveis, quer de procriação não desejada), para decidir se há necessidade de suscitar a intervenção do tribunal/peritos médicos/conselho de família (a fim de se apreciar se há capacidade volitiva e de entendimento dos direitos e deveres inerentes ao casamento) e para apreciar se a integridade física, a vida, a educação, o desenvolvimento da personalidade do filho da pessoa com deficiência mental ou intelectual

3. A CDPD e o Direito da Família

Em geral, em virtude do art. 71.º da Constituição da República Portuguesa, pode dizer-se que estarmos diante de *direitos fundamentais particulares*, direitos de uma determinada categoria, neste caso das pessoas com deficiência a par de direitos de outras categorias de pessoas, por exemplo, de direitos dos pais e das crianças²⁰. Especificamente, em matéria familiar, o n.º 2 do art. 71.º da CRP, em conjugação com os artigos 36.º e 68.º, reconhece que o *apoio às famílias* das pessoas com deficiência numa perspectiva de solidariedade não paternalista, à luz dos princípios fundamentais estabelecidos pelo artigo 2.º da CDPD, isto é, apoiando e promovendo os paradigmas de assistência ao gozo e exercício de diversos direitos atribuídos às pessoas com deficiência e suas famílias no contexto de «*direitos e deveres dos pais ou tutores*», no seu art. 71.º, n.º 2 da CRP, recorrendo-se ao art. 23.º da CDPD para efeitos da interpretação da norma constitucional.

Por sua vez, a nível do Conselho da Europa, o TEDH recorre-se frequentemente os critérios da CDPD para interpretar o conteúdo dos diversos direitos consagrados pela CEDH. Por exemplo, o próprio TEDH interpretou o artigo 8.º da CEDH (vida privada e familiar), à luz do artigo 23.º da CDPD. Falaram-se de diversos aspetos relacionados com autoridade paternal dos pais com deficiência sobre filhos, privação da capacidade jurídica, convivência familiar entre pais com deficiência e os filhos com deficiência, a interferência da vida familiar em razão de deficiência, a igualdade e não discriminação em razão de deficiência no âmbito familiar²¹.

se encontram em risco e se há necessidade de o tribunal limitar as responsabilidades parentais do(s) progenitor(es). Só se assegurarmos o direito ao casamento, à procriação, à vida sexual, à perfilhação, à adopção e ao exercício das responsabilidades parentais da pessoa com deficiência é que se garante o direito de esta viver plenamente como pessoa. Só assim, é possível admitir que o exercício pleno da cidadania não é uma miragem para as pessoas com deficiência. (...) A limitação destes direitos, sem ter sido avaliada as capacidades volitivas e de entendimento da pessoa com anomalia psíquica, é susceptível de se revelar, no caso concreto, como desadequada, desproporcional e desnecessária face às aptidões da pessoa. O risco abstracto – sem fundamento de facto - de uma gravidez indesejável ou de aquisição de doenças sexualmente transmissíveis ou de perigo para os filhos da pessoa com deficiência não são justificações bastantes para a adopção do presente regime jurídico. Só depois de determinada, em concreto pelo Tribunal, a necessidade de proteger a pessoa com deficiência ou de proteger os filhos desta é que existem fundamentos para limitar aqueles direitos à pessoa com deficiência. (...)».

²⁰ v., sobretudo, MIRANDA, Jorge. *Prefácio*. In SOUSA, Filipe Venade de. *Os direitos fundamentais das Pessoas Surdas*, 2014, p. 12.

²¹ Sem prejuízo doutros casos igualmente relevantes, na esfera do artigo 8.º da CEDH em matéria da vida familiar, v. TEDH. *Kutzner v. Alemanha*, 26 de fevereiro de 2002; TEDH. *Saviny v. Ucrânia*, 18 de dezembro de 2008; TEDH. *A.K. e L. v. Croácia*, 8 de janeiro de 2013; TEDH. *Dmitriy Ryabov v. Rússia*, 1 de agosto de 2013; TEDH. *Kocherov e Sergeyeva v. Rússia*, 29 de março de

2016. TEDH. *Kacper Nowakowski v. Polónia*, 10 de janeiro de 2017; TEDH. *S.S. v. Slovenia*, de 30 de outubro de 2018.

A título da curiosidade, houve duas declarações de votos de juízes que entendem de forma aprofundada acerca da CDPD no seu artigo 23.º.

Por um lado, TEDH. *Kocherov e Sergeyeva v. Rússia*, 29 de março de 2016, Dissenting opinion of judge Keller: «(...) II. Disproportionate Reactions of the National Authorities. 10. Furthermore, my disagreement relates to the disproportionality of the restrictive measures applied by the domestic authorities in the present case. As regards the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Court has recognised this instrument of international law, which enjoys almost universal ratification, as setting the standard concerning the need to protect people with disabilities from discriminatory treatment (see *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 53, 30 April 2009). Concerning parental rights, the CRPD states in its Article 23 (see paragraph 57) that State Parties are to render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities. Furthermore, Article 23 (4) explicitly confirms that no child is to be separated from his or her parents on the basis of a disability either of the child or of one or both of the parents. The written and oral evidence adduced by the first applicant (see paragraphs 20-24 and 25) convincingly showed that there was no objective indication of neglect, abuse or immediate danger for the child. On the contrary, the first applicant showed his concern for the child's welfare and his willingness to cooperate with the domestic authorities by even proposing a gradual transfer of the second applicant into his care in order to avoid causing her any unnecessary stress (see paragraph 25). Yet the domestic authorities did not attempt to impose any less invasive measures regarding the restriction on the first applicant's parental authority anywhere in their reasoning, and did not seem to make any efforts to provide the first applicant with the "appropriate assistance" required by the CRPD. (...)».

E, por outro, TEDH. *S.S. v. Slovenia*, de 30 de outubro de 2018, concurring opinion of ad hoc judge Zalar, joined by judge Motoc: « (...) 1. I agree with the majority that there has been no violation of Article 8 of the Convention in this case. With this concurring opinion, I should like to underpin the majority reasoning with a particular legal and factual perspective, which is perhaps less visible from the methodology and argumentation in the majority's reasoning. At the same time, the purpose of this concurring opinion is to prevent a possible superficial reading of the judgment which could lead the Slovenian welfare authorities to develop a policy of withdrawal of parental rights that would entail an excessive risk of violations of the Convention in similar cases. This specific perspective in the concurring opinion relates to the fact that the applicant, at a critical period, was a person with disabilities and not merely a vulnerable person. 2. The applicant's disability was an undisputed fact between the parties. The evidence provided by two experts (Dr M and Dr P.) in the domestic court proceedings essentially corroborated each other's findings, in the sense that it was established beyond doubt that the applicant suffers from a mental disorder on the schizophrenia spectrum, and that her negative attitude towards treatment and her abandonment of child E. resulted from her illness and that it was not reasonable to expect her to care for E. Thus, the applicant falls under the term "person with disabilities" as set out in Article 1 § 2 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter: the CRPD), which has been ratified by Slovenia and by more than 170 other States. 3. This high number of ratifications of the CRPD indicates a broad consensus among the Contracting States as regards their obligations towards persons with disabilities, including in family matters as described in Articles 1, 5 and 23 of the CRPD. In accordance with the Court's general case-law, a very broad legislative consensus among the Contracting States has an impact on the methodology for interpreting the Convention in the sense that the margin of appreciation, in accordance with the Court's general case-law, becomes narrower. In addition to this general approach, in a particular type of case, where the issue disputed between the parties is not a decision to take a child into foster care, but rather further limitations, namely the withdrawal of parental rights, the

Court’s specific case-law calls for “*stricter scrutiny*”. 4. Article 5 § 3 of the CRPD (equality and non-discrimination) states that in order to promote equality and eliminate discrimination State Parties are to take “*all appropriate steps*” to ensure that “*reasonable accommodation*” is provided. Reasonable accommodation means “*necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden*” where this is necessary in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms (Article 2 § 4 of the CRPD). Article 5 § 4 further states that “*specific measures*” which are necessary to accelerate or achieve *de facto* equality of persons with disabilities are not to be considered as discrimination under the terms of the CRPD. 5. While the Court did take the CRPD into account in section III of the present judgment (relevant international-law material), it did not refer to Article 5, but only to Article 1 and Article 23 §§ 2, 4 and 5 of the CRPD. However, even Article 1 and Article 23 §§ 2 and 4 of the CRPD, which the present judgment refers to, contain the legal standard of *de facto* equal treatment in the enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities. For that reason too, it was actually inevitable, as acknowledged by the Court in several parts of the judgment, that the Court would also examine the interference with the applicant’s right to family life resulting from withdrawal of her parental rights (and from the adoption of E., which followed as a consequence of the withdrawal of parental rights) from the perspective of her illness and the standards on equal treatment, since this is an inseparable part of Article 8 of the Convention. Cases involving the withdrawal of parental rights from persons with disabilities cannot be exceptions in this regard. 6. Thus, for example, the Court states in the present judgment that the applicant’s complaint concerning her opportunity to influence decisions affecting her family life, which was raised also under Article 14 in conjunction with Article 8, has been appropriately dealt with under Article 8 alone. In addition, the Court states that the applicant’s complaint that the welfare authorities had failed to respond properly to her illness is also examined in the present judgment. Furthermore, the judgment states that in the case of vulnerable persons, the authorities must show “*particular vigilance and afford increased protection*”. The case of *Kocherov and Sergejeva v. Russia* (no. 16899/13, 29 March 2016) is cited in the judgment; in it, the Court stated that the margin of appreciation varies in accordance with the “*nature of the issues and the importance of the interests at stake*”. There can be no doubt that the relevant aspect of the “*nature of the issue*” here is the applicant’s illness. 7. Thus, in the present judgment the Court did verify whether the Slovenian welfare authorities had taken “*positive steps*” and whether they had provided “*particular care*” and “*increased protection*” in order to assist the applicant, who was vulnerable on account of her disability, in maintaining personal and family ties with her daughter, E. This approach by the Court, which is a well-established standard in the case-law regarding cases of serious interference in the family life of vulnerable parents (where parents are, for example, in harsh socio-economic situations, possibly combined with ethnic origin, have a mild mental disability, intellectual deficiencies or another type of illness accompanied by psychological trauma) corresponds, in my opinion, to the broad consensus among the Contracting States concerning their obligations to provide appropriate and effective assistance in terms of the “*specific measures*” which are a necessary adjustment to accelerate or achieve *de facto* equality of persons with disabilities, while not imposing a disproportionate or undue burden as this is regulated under the CRPD. These are, therefore, the scope and criteria by which the Court in this case evaluated whether the Slovenian welfare authorities had violated the applicant’s substantive right to family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. 8. Thus, the crucial part of the reasoning concerning a non-violation of Article 8, including the relevant aspects of equal treatment, is set out in section B.3.c.ii.(a) of the present judgment, where the Court evaluates, from the standpoint of the Convention, some of the specific measures which were provided by the welfare authorities in this particular case. I also basically concur with this part of the judgment, but would like to add and emphasise certain particular factual and legal elements, as follows.»

A CDPD estabelece, principalmente no artigo 23.º, a proteção e a promoção dos direitos relativos à temática do Direito da Família. O artigo em apreço reveste a centralidade da proteção da CDPD no âmbito familiar²². Esta norma reconhece o direito de toda e qualquer pessoa com deficiência no âmbito pessoal, familiar e matrimonial em condições de igualdade com as demais pessoas. Sistematizando o núcleo essencial da presente norma, eis os seguintes direitos considerados fundamentais:

- a Os direitos familiares, *lato sensu*, em condições de igualdade com as demais, “*em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais*” (n.º 1 do art. 23.º);
- b O direito de consentir, prévio, livre, informado e responsabilmente, nas relações matrimoniais e familiares enquanto “*futuros cônjuges*” (al. a) do n.º 1 do art. 23.º);

²² Artigo 23.º - Respeito pelo domicílio e pela família

1 - Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efetivas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais, de modo a assegurar:

- a) O reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges;

- b) O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência a decidirem livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos, bem como o acesso a informação apropriada à idade, educação em matéria de procriação e planeamento familiar e a disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos;

- c) As pessoas com deficiência, incluindo crianças, mantêm a sua fertilidade em condições de igualdade com os outros.

2 - Os Estados Partes asseguram os direitos e responsabilidade das pessoas com deficiência, no que respeita à tutela, curatela, guarda, adoção de crianças ou institutos similares, sempre que estes conceitos estejam consignados no direito interno; em todos os casos, o superior interesse da criança será primordial. Os Estados Partes prestam a assistência apropriada às pessoas com deficiência no exercício das suas responsabilidades parentais.

3 - Os Estados Partes asseguram que as crianças com deficiência têm direitos iguais no que respeita à vida familiar. Com vista ao exercício desses direitos e de modo a prevenir o isolamento, abandono, negligência e segregação das crianças com deficiência, os Estados Partes comprometem-se em fornecer às crianças com deficiência e às suas famílias, um vasto leque de informação, serviços e apoios de forma atempada.

4 - Os Estados Partes asseguram que a criança não é separada dos seus pais contra a vontade destes, exceto quando as autoridades competentes determinarem que tal separação é necessária para o superior interesse da criança, decisão esta sujeita a recurso contencioso, em conformidade com a lei e procedimentos aplicáveis. Em caso algum deve uma criança ser separada dos pais com base numa deficiência quer da criança quer de um ou de ambos os seus pais.

5 - Os Estados Partes, sempre que a família direta seja incapaz de cuidar da criança com deficiência, envidam todos os esforços para prestar cuidados alternativos dentro da família mais alargada e, quando tal não for possível, num contexto familiar no seio da comunidade.

- c O direito de contrair o matrimónio (al. a) do n.º 1 do art. 23.º);
- d O direito de construir a família (al. a) do n.º 1 do art. 23.º);
- e O direito de decidir “*livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos*” (al. b) do n.º 1 do art. 23.º);
- f O direito ao “*acesso a informação apropriada à idade, educação em matéria de procriação e planeamento familiar*” (al. b) do n.º 1 do art. 23.º);
- g O direito a “*disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos*” (al. b) do n.º 1 do art. 23.º);
- h O direito de manter a fertilidade em condições de igualdade com os outros (al. c) do n.º 1 do art. 23.º);
- i Os direitos paternais em condições de igualdade com as demais (n.º 2 do art. 23.º);
- j O direito da criança com deficiência à vida familiar (n.º 3 a 5 do art. 23.º).

Além disso, a CDPD também estabelece, em várias normas, diversas referências relacionadas com o núcleo da proteção da vida e a convivência familiar, ao longo do texto convencional, nomeadamente:

- a As pessoas com deficiência são reconhecidas em condições de igualdade com as demais pessoas, com a dignidade e o valor inerente a todos os membros da família humana (al. a) do preâmbulo);
- b A CDPD reconhece convictamente, pelos Estados Partes, que «*a família é a unidade de grupo natural e fundamental da sociedade e que tem direito à proteção pela sociedade e pelo Estado e que as pessoas com deficiência e os membros da sua família devem receber a proteção e assistência necessárias para permitir às famílias contribuírem para o pleno e igual gozo dos direitos das pessoas com deficiência*» (al. x) do preâmbulo);
- c Os Estados Partes devem adotar as medidas necessárias no sentido de sensibilizar a sociedade, incluindo a nível familiar, sobre «*respeito pelos seus direitos e dignidade*» (al. a) do n.º 1 do artigo 8.º);

- d As pessoas com deficiência e as suas famílias têm o direito de ser protegidas e apoiadas «tanto dentro como fora do lar [vida caseira e convivência familiar], contra as formas de exploração, violência e abuso» (n.º 1 do artigo 16.º);
- e As pessoas com deficiência são respeitadas salvaguardando o direito à sua privacidade, tanto no local de residência ou modo de vida, não sujeitando interferências arbitrárias ou ilegais na vida privada pessoal e familiar (n.º 1 do artigo 22.º);
- f É garantido às pessoas com deficiência o reconhecimento, gozo e exercício do direito a um nível de vida adequado para as próprias pessoas com deficiência e para as suas famílias (artigo 28.º);

E, ainda, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas adotou a Resolução n.º 32/23, de 1 de julho de 2016²³, relativa à «*proteção da família: a função da família em apoio à proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência*». Alguns dos pontos considerados relevantes para compreender a proteção da família das pessoas com deficiência: (i) o papel dos Estados Partes que têm obrigações de proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência e suas famílias que são o elemento natural e fundamental da sociedade a ser protegido pela sociedade e pelos Estados Partes; (ii) a proteção e promoção dos direitos das crianças com deficiência à vida e convivência familiar apoiando o direito e as obrigações dos progenitores, e demais figuras tuteladas, dessas crianças em diversos aspetos da vida quotidiana; (iii) a garantia da proteção de vida e convivência familiar com base no respeito pelos seus direitos para contribuir para a coesão e integração social, solidariedade intergeracional e desenvolvimento social desempenhando papel decisivo na preservação do sistema de valores de sociedade, entre outros; (iv) o apoio às pessoas com deficiência e suas famílias nas condições necessárias de vida condigna na sociedade; (v) o reconhecimento, gozo e exercício dos direitos das pessoas com deficiência em condições de igualdade com as demais pessoas no âmbito das relações familiares e matrimoniais.

Caracterizando os principais elementos do núcleo do direito à vida e convivência familiar das pessoas com deficiência:

²³ NAÇÕES UNIDAS. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016 32/23. *Protección de la familia: la función de la familia en apoyo a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Doc. A/HRC/RES/32/23.

(a) *O conceito jus conventionnelle de família da pessoa com deficiência* – A CDPD não define concretamente o conceito de família. Contudo, a família é, *lato sensu*, enquanto “*a unidade de grupo natural e fundamental da sociedade*”, como foi explicado no preâmbulo²⁴. A própria CDPD não permite qualquer paradigma paternalista de sociedade ou do Estado para determinar o conceito diferenciado ou arbitrário de família para as pessoas com deficiência e para as pessoas sem deficiência. O conceito de família é o mesmo para todas e quaisquer pessoas, independentemente da condição subjetiva associada, por exemplo, à deficiência. A deficiência não é um motivo de exclusão da construção e desenvolvimento da família. A matriz *jus conventionnelle* reconhece que toda e qualquer pessoa com deficiência pode querer e decidir criar uma família natural ou socialmente construída a partir da sua visão enquanto titular de pleno direito sem considerar qualquer paradigma paternalista, dando uma liberdade de autoconformação e autodeterminação no âmbito pessoal e sociofamiliar. Por consequente, a família é multifuncional, pois, para as pessoas com deficiência a família abrange tanto o núcleo familiar constituído pelos elementos diretos ou indiretos da família, como os elementos comunitários da família, como admite o n.º 5 do mesmo artigo. As pessoas com deficiência têm os mesmos direitos à proteção da vida familiar em condições de igualdade com as demais pessoas. Os direitos das pessoas com deficiência em matéria matrimonial e familiar abarcam tanto o núcleo familiar *stricto sensu* como o núcleo familiar *lato sensu*.

(b) *O princípio de igualdade de tratamento no âmbito matrimonial e familiar* – A CDPD consagra, em particular, o princípio de igualdade de tratamento, independentemente da deficiência, em matéria dos direitos matrimoniais e familiares. As pessoas com deficiência têm os mesmos direitos, bem como responsabilidades matrimoniais e familiares, em condições de igualdade com os demais cônjuges sem deficiência. O Estado Parte não pode adotar medidas restritivas (e arbitrárias) em razão de deficiência «*em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais*». Todas e quaisquer pessoas com deficiência são reconhecidas pela CDPD no gozo e exercício de direitos consagrados em matéria familiar, matrimonial e sucessória em geral. Por exemplo,

²⁴ NAÇÕES UNIDAS. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible*”, Doc. A/HRC/31/37, 29 de enero de 2016, para. 25: «25. El concepto de familia también puede diferir según las responsabilidades y los derechos específicos en juego. Por ejemplo, en lo que se refiere a los derechos del niño, el concepto de familia puede incluir una variedad de estructuras que puedan ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. Del mismo modo el concepto de “entorno familiar” puede referirse a los vínculos sociales de los niños en un sentido más amplio.»

têm direito à capacidade jurídica, nos termos do artigo 12.º, em condições de igualdade com as demais pessoas, podendo requerer assistência individualizada e específica para complementar as suas necessidades específicas, em função das circunstâncias particulares e, ainda, no quadro do respeito pela vontade e preferências das pessoas com deficiência. Consequentemente, a CDPD reconhece o direito de querer e desenvolver relações matrimoniais e familiares, sem qualquer motivo discriminatório em razão de deficiência. A própria CDPD não permite ao Estado Parte a definição de fundamentos diferentes, em razão de deficiência, sob pena de constituir discriminação arbitrária para as pessoas sem deficiência e as pessoas com deficiência na condição necessária para poder contrair o matrimônio, por exemplo.

(c) A interferência ilegal ou arbitrária da privacidade de vida familiar – O alcance do respeito pela vida familiar descrito pelo art. 23.º é ainda complementar com o art. 22.º. Significa que a CDPD proíbe que o Estado Parte interfira, ilegal ou arbitrariamente, na privacidade pessoal e familiar das pessoas com deficiência e suas famílias, na sua própria esfera da vida privada, em que têm a liberdade de projetar livremente a vida pessoal e familiar, sem qualquer paradigma paternalista da sociedade e do Estado. Todas e quaisquer pessoas com deficiência têm o direito de desenvolver, definir e conduzir a vida familiar, de acordo com o princípio de dignidade e de autonomia individual, incluindo a liberdade de tomar as suas próprias decisões, dentro do seu espaço de autodeterminação pessoal e familiar livre de qualquer interferência ilegal ou arbitrária em razão de deficiência.

(d) Os direitos das crianças com deficiência na vida familiar – A CDPD nos seus n.ºs 2 a 5 do art. 23.º, e 7.º, salvaguarda os direitos das crianças com deficiência na esfera da vida familiar, nomeadamente: *(i)* a consideração do princípio de interesse superior da criança com deficiência; *(ii)* a assistência apropriada às pessoas com deficiência no exercício de seus direitos e responsabilidades parentais na vida da criança com deficiência; *(iii)* o reconhecimento dos direitos das crianças com deficiência em condições de igualdade com as demais crianças sem deficiência no que respeita à vida familiar; *(iv)* A proteção dos direitos das crianças com deficiência na vida familiar contra formas discriminatórias e tratamentos abusivos e negligentes; *(v)* o direito da criança com deficiência a não ser separada dos seus pais contra a vontade destes, em razão de deficiência, salvo motivos estritamente legítimos e necessários a proteger a criança em apreço, tendo em conta o princípio de interesse superior da criança com deficiência, independentemente da sua deficiência; *(vi)* as crianças com deficiência têm o direito de viver e permanecer com a família, não se podendo privar arbitrariamente o exercício desse direito em razão de deficiência. O pleno desfrute da convivência familiar pelas pessoas com deficiência é considerado como elemento natural da

sociedade e do Estado promovendo a plena participação na sociedade sem qualquer discriminação em razão de deficiência.

(e) *A garantia e promoção da assistência individualizada no quadro da capacitação auxiliada* – A entrada em vigor da CDPD trouxe uma relevância jurídica na norma do seu art. 12.º, com impacto, especialmente, no Direito Civil, no que respeita à capacidade jurídica. A CDPD consagra o reconhecimento do direito à capacidade jurídica em condições de igualdade com as demais pessoas, tanto na capacidade de gozo como na capacidade de exercício, em qualquer aspeto da vida pessoal e patrimonial. A exclusão ou limitação arbitrária da capacidade jurídica em razão de deficiência não é permitida pela CDPD. A CDPD recorda que, se a pessoa com deficiência for excluída ou limitada da capacidade jurídica com a finalidade de impedir ou anular o gozo ou exercício de direitos reconhecidos, com base na própria deficiência, em condições de igualdade com os outros, tal constitui uma discriminação com base na deficiência, o que se traduz numa criação de barreiras que impedem a sua plena e efetiva participação na sociedade, em condições de igualdade com os outros, segundo expressão dos arts. 1.º e 2.º da CDPD; isto é, impedindo a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdades com os outros. A CDPD exige que o tratamento da capacidade jurídica deve basear-se na igualdade de condições, nos meios e nas formas de adequar – não limitando nem proibindo genericamente – as condições do exercício da capacidade jurídica, em função de avaliação objetivamente individualizada e multidisciplinar em detrimento da mera avaliação médica ou subjetivamente psiquiátrica. A determinação da capacidade abrange diversos fatores ambientais, nos quais se podem encontrar situações e capacidades diversas, nomeadamente, situações em que a pessoa é capaz de exercer a capacidade, por si mesma, e situações em que não é capaz de a exercer por si mesma. A capacidade é um conceito em evolução e é possível adaptá-lo às várias situações promovendo, sempre que necessário, a autonomia das pessoas, por exemplo, através da prestação de apoios adequados às suas necessidades, às suas circunstâncias concretas, adaptando-o às situações das pessoas que têm dificuldades de exercer a capacidade, por si mesmas, e às situações das pessoas que a conseguem exercer de forma autónoma. A norma do art. 12.º, n.º 3 da CDPD tem por objeto e fim a promoção da autonomia, sempre que possível, consoante os diversos graus possíveis de capacidades, preservando o respeito pelos seus direitos, pela dignidade inerente, pela autonomia e a liberdade individual na condução da sua vida diária, maximizando a sua capacidade, mediante a adoção de medidas de apoio para potenciar as melhores possibilidades, não interferindo, na medida do possível, na sua autonomia, e no exercício dos seus direitos. As medidas de apoio têm em consideração os princípios gerais da CDPD, determinando-se a necessidade de apoio, de acordo com os limites previstos convencionalmente, nos casos em que a pessoa com deficiência tem dificuldades em gerir a

sua vida. A interpretação do princípio *pro homine* é feita em favor da pessoa com deficiência, de modo a que esta possa, sempre que possível, ter o exercício da sua capacidade jurídica e conservar a sua dignidade inerente e o máximo possível da sua autonomia. A CDPD possibilita diversas formas e tipos de assistência ao exercício de capacidade jurídica à pessoa que necessita de assistência, tendo em conta as suas circunstâncias concretas, dependendo do grau de intensidade do tipo de apoio que for necessário prestar.

4. A interpretação conforme o regime do maior acompanhado e a CDPD

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, veio criar o regime jurídico do maior acompanhado, extinguindo os institutos da interdição e da inabilitação. O presente estudo pretende revelar a necessidade de interpretação conforme com o objeto e fim da CDPD, especialmente no seu artigo 12.º, a fim de orientar o melhor sentido de interpretação *pro persona* dos direitos das pessoas com deficiência em alguns aspetos considerados centrais, podendo refletir os direitos considerados *personais* em matéria familiar e matrimonial²⁵, ajustando-o às exigências da CDPD, como o seguinte:

(1) O âmbito da aplicação subjetiva das medidas de acompanhamento, segundo o artigo 138.º²⁶, deve interpretar-se à luz do artigo 1.º da CDPD. Assim, pode entender-se que a causa indicativa de deficiência não é, *per se*, atributo da própria pessoa, muito menos o fundamento atributivo dessa pessoa associada à deficiência. A deficiência é vista como um conceito evolutivo em construção em função das condições de vida da sociedade onde se insere. Consequentemente, a deficiência é compreendida como particularidades de determinada pessoa, no âmbito da sua realidade biopsicossocial multidimensionalmente funcional, e com a noção de ser humano digno e igual, no quadro da singularidade humana fazendo parte da diversidade funcional, que tem de enfrentar barreiras

²⁵ Artigo 147.º (Direitos pessoais e negócios da vida corrente)

1 - O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

2 - São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perflhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.

²⁶ Artigo 138.º (Acompanhamento) – O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.

de diversos níveis, impedindo a sua plena participação no seio da sociedade²⁷. Por sua vez, a impossibilidade de exercer os seus direitos não deve ser sinónimo da incapacitação de exercer estes direitos. A impossibilidade de exercer é o *efeito* resultante da interação entre a própria pessoa com deficiência e as barreiras de diversa natureza comportamental, ambiental, atitudinal, entre outros fatores, que impede a sua participação na sociedade em condições de igualdade com as demais pessoas, não tendo outros meios ou formas viáveis de garantir a sua plena participação autónoma na sociedade, necessitando de uma assistência individualizada, em função de tipo e grau de necessidade de acompanhamento nas determinadas situações, para complementar as suas circunstâncias particulares a fim de poder exercer os direitos apoiado e acompanhado pelo acompanhante que presta assistência no quadro da capacitação auxiliada (ou acompanhada) em detrimento da capacitação substituída, por assim dizer. Sublinha-se, mais uma vez, que a impossibilidade de exercer não deve basear-se na capacidade volitiva ou cognitiva genericamente avaliada, mas sim, nos elementos objetivamente indicativos de dificuldades existentes de exercer, *per se*, os seus direitos sem acompanhamento em determinadas situações da vida quotidiana e não de forma genérica.

(2) As finalidades legais do acompanhamento²⁸ norteiam-se, à luz do artigo 12.º da CDPD, na promoção progressiva da autonomia do exercício de direitos em aspetos da vida quotidiana no quadro dos apoios necessários para potencializar as possibilidades de exercer direitos num prazo razoável adotando instrumentos pertinentes de acompanhamento à pessoa apoiada, em função da sua realidade biopsicossocialmente funcional, maximizando as potencialidades de recuperação progressiva do exercício autónomo dos seus direitos na sociedade, bem como assegurando o seu bem-estar condigno com condições necessárias para compensar as suas necessidades quotidianas²⁹. O regime de acompanhamento tem em consideração a interação da própria pessoa apoiada com os

²⁷ cf. SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 72.

²⁸ Artigo 140.º (Objetivo e supletividade)

1 - O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença.

2 - A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam.

²⁹ Artigo 146.º (Cuidado e diligência)

1 - No exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada.

2 - O acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada.

diversos fatores da impossibilidade de exercer, *per se*, os seus direitos em que são necessários a assistência assegurando o bem-estar e a recuperação, sempre que possível, a fim de potencializar a sua inclusão societal, eliminando progressivamente os impactos impeditivos da autonomia de exercício dos seus direitos na sociedade em função da evolução das suas necessidades atendidas, e apoiando a pessoa com deficiência no quadro das suas aptidões, vontades e preferências.

(3) As medidas de acompanhamento³⁰ são baseadas nos princípios fundamentais da audição, flexibilidade e proporcionalidade à luz do artigo 12.º da CDPD.

(4) O *princípio de audição*³¹ implica que o tribunal competente deve ter em consideração o respeito pelos direitos tutelados, vontade e preferências (expressadas e presumidas), sempre que possível, tendo em conta as suas circunstâncias individuais e concretas, adaptadas às suas necessidades e no quadro do respeito pela sua dignidade inerente, e pela promoção da sua autonomia progressiva³². De acordo com o art. 12.º, n.º 4 da CDPD, eis os três elementos complementares: (i) *O respeito pelos direitos humanos*: as medidas de acompanhamento adequam-se em função das circunstâncias atendidas e requeridas em conformidade com o respeito pelos direitos salvaguardados nos termos adequadamente adaptados do exercício dos seus direitos da forma progressiva; (ii) *A vontade da pessoa*: o tribunal consulta, de forma direta e ativa, com a pessoa com deficiência, auxiliada pelas diversas formas de expressar as suas intenções

³⁰ Artigo 145.º (Âmbito e conteúdo do acompanhamento)

¹ - O acompanhamento limita-se ao necessário.

² - Em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes:

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

3 - Os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.

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

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

³¹ Artigo 139.º (Decisão judicial)

1 - O acompanhamento é decidido pelo tribunal, após audição pessoal e direta do beneficiário, e ponderadas as provas.

2 - Em qualquer altura do processo, podem ser determinadas as medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido.

³² v. SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 461-464.

e opiniões em diversos aspetos de vida quotidiana; (iii) *As preferências da pessoa*: o tribunal tem em consideração os desejos ou manifestações de interesses nas determinações situações adequando as medidas de acompanhamento nessas situações. Não se trata da aplicação do clássico princípio do interesse superior, mas sim o *princípio da melhor interpretação possível da vontade e preferência*, isto é, respeitando e salvaguardando os direitos daquela pessoa e indagando, sempre que possível, mesmo que de forma implícita, as suas vontades e preferências e proporcionando as formas adaptadas às suas circunstâncias que facilitem o exercício dos seus direitos³³.

A assistência ao exercício dos direitos implica uma proteção progressiva dos seus direitos, promovendo e salvaguardando a dignidade inerente e o respeito pela sua autonomia, isto é, não podendo transformar a pessoa com deficiência num objeto de proteção paternalista ou alvo de uma tutela substitutiva, devendo, sim, ser objeto de uma proteção que tenha como objetivo adaptar as respostas jurídicas às circunstâncias concretas da pessoa que precisa de apoio, devendo esta ser sempre entendida enquanto titular de pleno direito.

(5) Quanto ao *princípio de flexibilidade de medidas de acompanhamento*, o tribunal competente fundamenta no quadro da margem de conformação judicial quanto aos meios e formas de acompanhamento, informal ou oficioso, dos mecanismos de acompanhamento em função das circunstâncias atendidas, consultadas e requeridas. É importante sublinhar que o acompanhamento deve ser visto como um instrumento de benefício ou apoio ao exercício dos direitos e não como um mecanismo de tutela protecionista dos direitos impossibilitados pela pessoa considerada incapaz de exercer os seus direitos de forma autónoma. As medidas de acompanhamento são fundamentadas em função do tipo e grau de adaptação às circunstâncias particulares, devendo estas preencher, pelo menos³⁴, a *gradualidade* de níveis da necessidade de acompanhamento; a *individualização* das medidas que tem como objetivo adequar as necessidades próprias da pessoa apoiada; a *complementaridade* das diversas formas e meios de prestar a assistência e o exercício dos direitos salvaguardados à pessoa acompanhada; a *atualização* das medidas que possam responder a necessidades pertinentes em evolução da sua recuperação e bem-estar durante a aplicação das medidas de acompanhamento.

(6) Relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, as medidas de acompanhamento devem ser proporcionais às circunstâncias concretas, devendo os níveis de intensidade das medidas de acompanhamento ser proporcionais, em virtude do art. 12.º, n.º 3 e 4 da CDPD. Não podendo aplicar de forma genérica as circunstâncias do exercício de direitos. Aplicando de acordo com os limites

³³ *Idem*, p. 462.

³⁴ *Idem*, pp. 464-466.

necessários, adequados e proporcionais, ao apoio necessário a dar, protegendo os direitos e os interesses da pessoa acompanhada e minimizando os efeitos desfavoráveis do exercício dos seus direitos. O teste de proporcionalidade das medidas de acompanhamento à luz da CDPD deve preencher essencialmente³⁵:

(i) *Adequação*: as medidas de acompanhamento devem usar o meio ou a forma mais apropriada para materializar a finalidade de apoiar a pessoa no exercício dos seus direitos. Deve verificar-se se a forma de acompanhamento é, ou não, compatível às circunstâncias concretas, tendo em conta os elementos nucleares do respeito pelos direitos, vontade e preferências. Por outras palavras, a relação entre o meio empregado – as medidas de acompanhamento – e o fim perseguido – a proteção dos seus direitos e dos seus interesses em geral – deve ter como resultado a promoção, sempre que possível, da capacidade da pessoa apoiada, adaptando e atualizando as medidas de apoios, em linha com as suas circunstâncias concretas; (ii) *Necessidade*: tem em consideração a finalidade da assistência ao exercício dos seus direitos, adotando medidas menos lesivas, menos onerosas e mais favoráveis, adequando o exercício dos seus direitos. Deve limitar-se ao estritamente indispensável e deve encontrar-se uma medida de acompanhamento que seja a estritamente necessária e o nível de intensidade adequado às circunstâncias concretas; (iii) *Proporcionalidade stricto sensu*: o resultado da adequação e a necessidade das medidas de acompanhamento são verificados, a fim de se garantir a sua legítima finalidade e a proporcionalidade e justiça das medidas de acompanhamento; e, em último recurso, (iv) *Subsidiariedade do paradigma tutelar*: pode justificar-se, numa lógica de subsidiariedade, a intervenção mais intensiva por parte de um acompanhante, tendo em atenção as circunstâncias concretas, a gravidade e a premência da necessidade de intervenção, na esfera da pessoa que carece de uma forma de assistência mais intensiva no exercício dos seus direitos.

Esta forma de intervenção não deve, pois, ser vista como uma limitação do exercício dos seus direitos, mas, sim, como uma adaptação para garantir o apoio necessário, dentro de um período de tempo adequado e sujeito a revisão periódica, à pessoa que pode vir a recuperar, a longo prazo, a sua plena capacidade, acompanhando e atualizando, por isso, as medidas de apoio que dão resposta às suas necessidades. Apenas limitando, em específico, o âmbito do exercício de determinado direito em questão, a fim de evitar e prevenir as consequências derivadas de situações concretas em que se encontra a própria pessoa, protegendo os seus direitos e os seus bens em geral. Por fim, é de destacar que as medidas de apoio têm uma finalidade preventiva e reabilitadora – e não limitadora – sobre o direito da pessoa e dos seus interesses.

³⁵ *Idem*, pp. 469-472.

(7) Para garantir adequadamente medidas de acompanhamento, deve haver um controlo periódico das autoridades competentes para acompanhar a evolução das medidas implementadas durante período razoável, para cumprir os requisitos fundamentais³⁶: (i) o *princípio de controlo adequado* consiste na apreciação judicial da adequação das medidas de acompanhamento, bem como a qualquer momento que se considere ser-necessário, dentro, obviamente, dos critérios previstos no âmbito dos mecanismos de apoio adequados; (ii) o *princípio de adaptação processual* implica que as medidas de acompanhamento devem resultar em meios que sejam os necessários e os mais adequados, acautelando que não sejam desproporcionais ou excessivos ao regime de assistência ao exercício da capacidade jurídica; (iii) o *princípio de celeridade processual* diz respeito ao impacto temporal e à necessidade de atualizar as medidas de acompanhamento, determinando-se uma revisão periódica por parte da autoridade competente, num período razoável, para que seja adequada no momento de modificar, aperfeiçoar e/ou cessar, quanto possível, as medidas impactantes sobre a aplicação das medidas de acompanhamento, que tenha uma duração limitada e verificável, tendo em conta as circunstâncias concretas da pessoa apoiada. O propósito subjacente é o de impedir que as medidas de acompanhamento permaneçam por mais tempo do que o estritamente necessário ou que se estenda por um período temporal indeterminado. A CDPD estabelece que a falta de previsão temporal adequada pode constituir, em si mesma, uma violação da garantia convencional presente no n.º 4 do art. 12.º da CDPD e, sobretudo, do direito substantivo em geral, presente no n.º 3 do mesmo artigo, pois coloca a pessoa com deficiência num estado de ausência – ou de excesso injustificado – de proteção da sua situação, de ausência de assistência que lhe é indispensável, dificultando, pois, o exercício do seu direito à capacidade jurídica.

Bibliografia

DE ASÍS, Rafael. — *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson, 2013.

SOUSA, Filipe Venade de. *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Almedina, 2018.

SOUSA, Filipe Venade de. *A multifuncionalidade da dignidade de pessoa humana e as pessoas com deficiência*. Revista Scientia Iuridica, Escola de Direito da Universidade do Minho, n.º 349, pp. 49-63, 2019.

³⁶ *Idem*, pp. 501-504.

SOUSA, Filipe Venade de. *A bússola do Direito Constitucional dialógico: atualização e efetividade dos direitos fundamentais*. Revista Católica Law Review, Direito Público, vol. 3, n.º 1, 2019.

SOUSA, Filipe Venade de. *O controlo de convencionalidade como elemento característico da responsabilidade internacional do Estado*. in Pereira, Maria de Assunção do Vale (Coord.) – *Questões de Responsabilidade Internacionais*. Braga: Atas da Conferência realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015. setembro, 2016, pp. 157-171.

O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consulta: 10 setembro. 2019]. Disponível na Internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

NAÇÕES UNIDAS. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 1 de julio de 2016 32/23. *Protección de la familia: la función de la familia en apoyo a la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Doc. A/HRC/RES/32/23.

NAÇÕES UNIDAS. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible*”, Doc. A/HRC/31/37, 29 de enero de 2016.

NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Atas do Seminário na Faculdade de Direito da Universidade do Porto realizado no dia 17 de abril de 2018.

NEVES, Alexandra. *Os Novos Paradigmas que Balizam o Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”*. Lisboa: Chiado Editora, 2015.

NEVES, Alexandra. *O Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis” O longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência*. Lisboa: Tese de Doutoramento, Universidade Autónoma de Lisboa, 2011.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AUDIÇÃO DA CRIANÇA, EM PARTICULAR DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA¹

Rossana Martingo Cruz

1. Introdução

A temática que trazemos para reflexão prende-se com a audição da criança, em particular a audição da criança com deficiência. Parte substancial deste estudo será apresentar o enquadramento legal que, atualmente, o Estado português tem à sua disposição no que concerne à audição da criança e, em especial, a proteção da criança com deficiência. Muitas vezes não cotejamos as diferentes normas existentes numa determinada matéria e a audição da criança com deficiência nem sempre tem tido a devida atenção pelo mundo jurídico e judiciário.

Ao mesmo tempo, julgamos interessante tecer algumas considerações a propósito da audição da criança na mediação familiar. Embora não exista previsão legal direta sobre esta possibilidade, afigura-se um cenário a contemplar dada a virtuosidade da mediação nos conflitos familiares. A mediação – atendendo à sua índole pacificadora – será de incentivar nas problemáticas que envolvam crianças. Nesta esteira, a a Convenção Europeia sobre o Exercício dos

¹ Parte destas reflexões são reincidências de estudos nossos anteriores: Anotação ao art. 7.º, *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Anotada* (coord. Luísa Neto et. al.), Coimbra, Almedina, 2020 (no prelo); e o ponto 1.4. do nosso *Mediação familiar como meio complementar de justiça*, Coimbra, Almedina, 2018 (para onde se remete para uma análise mais abrangente da mediação familiar).

Direitos das Crianças (CEEDC), no seu art. 13.º, estipula que a *fim de prevenir ou de resolver conflitos e de evitar processos perante uma autoridade judicial que digam respeito a crianças, as Partes deverão, nos casos apropriados por elas definidos, encorajar o recurso à mediação ou a qualquer outro meio de resolução de conflitos, bem como a sua utilização para chegar a um acordo.*

A criança merece ter a atenção consentânea com a importância que lhe é devida nos diferentes diplomas legais nacionais e internacionais. Não bastará reconhecê-la como sujeito de direitos, será importante efetivar esse papel na prática recorrendo, se necessário, a técnicos especialmente habilitados para o efeito. Esta premência será ainda mais evidente no caso de crianças que, por razão de deficiência, não podem expressar-se nos mesmos termos das demais.

2. A criança com deficiência e o seu superior interesse

Para melhor entendermos a que nos referimos, vejamos o que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) entende por pessoa com deficiência, para depois analisarmos o que dispõe acerca da criança com deficiência. Nos termos do disposto no art. 1.º da Convenção, serão pessoas com deficiência aquelas que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros. Por sua vez, o art. 7.º desta mesma CDPD estabelece que “1 - Os Estados Partes tomam todas as medidas necessárias para garantir às crianças com deficiências o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade com as outras crianças. 2 - Em todas as ações relativas a crianças com deficiência, os superiores interesses da criança têm primazia. 3 - Os Estados Partes asseguram às crianças com deficiência o direito de exprimirem os seus pontos de vista livremente sobre todas as questões que as afetem, sendo as suas opiniões devidamente consideradas de acordo com a sua idade e maturidade, em condições de igualdade com as outras crianças e a receberem assistência apropriada à deficiência e à idade para o exercício deste direito.”

A CDPD não descurou as crianças com deficiência estabelecendo, neste art. 7.º, que os Estados Partes se comprometem a garantir às crianças deficientes o pleno gozo dos seus direitos e liberdades, em iguais condições com as crianças que não sofram destas incapacidades e barreiras (comportamentais e ambientais). Ou seja, não podem estas crianças ser discriminadas pela sua condição².

² Sobre discriminação direta e indireta, consultar Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português – Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 194.

A nível internacional é aceite que a noção de criança compreenderá, em termos gerais, toda a pessoa menor de dezoito anos (art. 1.º da CDC: “Nos termos da presente convenção, 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”). Para efeitos desta reflexão, estaremos a considerar todos as pessoas até aos dezoito anos que, nos termos do disposto no n.º 1 da CDPD, têm “incapacidades duradouras físicas, mentais intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”³. Note-se que, no n.º 2 deste art. 7.º, consagra-se que em todas as ações relativas a crianças com deficiência, os seus superiores interesses prevalecem. Será, por isso, fundamental endereçar este conceito indeterminado: o ‘superior interesse da criança’.

A noção de superior ou melhor interesse da criança dependerá sempre das circunstâncias reais em que a criança em questão se encontra, sendo a sua ponderação casuística essencial. Nesses termos, torna-se difícil uma definição concreta⁴. A propósito da génese do princípio do superior interesse da criança: “A importância deste princípio na regulamentação dos direitos da criança é reconhecida pela legislação nacional e pela jurisprudência. Todavia, este princípio tem raízes supranacionais que radicam na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 (Convenção de 1989), considerada um marco na defesa dos direitos das crianças.”⁵

Estamos, por isso, perante um conceito indeterminado que caberá ao intérprete enquadrar face às características do caso concreto. Esta técnica de conceitos indeterminados é, aliás, frequentemente usada no Direito da Família e das Crianças, justamente como forma de moldar o conceito jurídico à realidade a que ele se destina. É pelo mesmo motivo que muitos dos processos que envolvem crianças serão processos de jurisdição voluntária, permitindo-se ao julgador atender, se necessário, a critérios mais amplos que a legalidade estrita, podendo ter em conta razões de oportunidade e conveniência (arts. 986.º e 987.º do CPC).

Estando em causa uma criança com determinadas inaptidões ou dificuldades especiais, na análise do seu superior interesse é imperioso ter atenção a essas condições. Muitas vezes, estas crianças – em virtude das suas necessidades especiais – precisam de uma proteção acrescida (veja-se, nomeadamente, a pre-

³ Para uma análise da noção de criança, consultar Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 27 e ss..

⁴ Sobre o conceito em geral, cfr. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 174 e ss..

⁵ Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “O princípio do superior interesse criança no Regulamento Bruxelas II bis” in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 367-368.

ocupação vertida na Constituição da República Portuguesa, no disposto no n.º 2 do art. 69.º, que justifica medidas de discriminação positiva⁶.

A título de exemplo, a al. q) do Preâmbulo da CDPD denota que as crianças e jovens do sexo feminino com deficiência estão, muitas vezes, sujeitas a maior risco de violência, lesões ou abuso, maus tratos ou exploração, dentro ou fora do lar. E é, justamente, a pensar no superior interesse destas crianças que, na al. x), se dispõe que as famílias devem receber a proteção e assistência necessárias para contribuírem para o pleno gozo dos direitos das pessoas com deficiências. Ao dotar as famílias com as ferramentas certas, o superior interesse da criança com deficiência será acautelado, permitindo-se que esta viva, cresça e se desenvolva no seio da sua família. Para tanto, será imperioso garantir que a estas famílias será atribuído todo o apoio⁷.

Na mesma senda, o art. 23.º da CDPD, consagra, no seu n.º 3, que as crianças com deficiência têm iguais direitos no que concerne à vida familiar e que os Estados Partes se comprometem em fornecer - a estas crianças e às suas famílias - apoios, informação e serviços. No n.º 4 do mesmo artigo, assegura-se que a criança deficiente não deve ser separada dos seus pais contra a vontade destes, a não ser quando as autoridades competentes assim o determinarem como necessário para asseverar o superior interesse da criança (aliás, similar à preocupação vertida no n.º 6 do art. 36.º da CRP, bem como noutras Constituições. A título de mero exemplo, a Constituição alemã estabelecendo a separação da criança da sua família apenas quando esta falha com aquela: *Artikel 6 (3) — Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

Cabe aos Estados proteger as crianças e garantir o seu desenvolvimento integral, tendo cuidado acrescido face àquelas que, pela sua conjuntura, necessitam de um quadro de ação mais completo de modo a que possam gozar de todos os seus direitos e liberdades fundamentais. A criança é perspectivada como pessoa em formação, um sujeito autónomo de direitos e merecedor de proteção concordante com a sua condição. Ao mesmo tempo, deve ser promovida a sua dignidade, autonomia e independência, nos termos da al. a) do art. 3.º da CDPD⁸.

A criança deficiente não pode, por esse motivo, ser afastada de uma vivência plena dos seus direitos em condições de igualdade com as demais crianças. O interesse da criança – tendo em devida conta as suas circunstâncias – será o

⁶ A este propósito, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 867.

⁷ Vide, por exemplo, o Acórdão do TEDH 22/mar./2016, caso Guberina c. Croácia e Filipe Venade de SOUSA, *ob. cit.*, p. 198.

⁸ Cfr. Filipe Venade de SOUSA, *Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 64-65.

princípio norteador e transversal à atuação dos Estados Partes no âmbito desta Convenção.

3. A audição da criança

O n.º 3 do aludido artigo 7.º da CDPD determina que cabe aos Estados Partes assegurar às crianças com deficiência o direito de serem ouvidas, de se exprimirem de forma livre quanto às problemáticas que lhes dizem respeito, devendo a sua opinião ser considerada de acordo com a sua idade e maturidade, em condições de igualdade com outras crianças. Devem, ainda, receber adequada assistência face à sua deficiência e idade, de modo a que possam exercer devidamente este direito.

A audição da criança é uma preocupação cada vez mais premente, estando vertida em diversos preceitos nacionais e internacionais. Nesse seguimento, também a CDPD assevera que o facto de a criança ter uma deficiência não deverá impedir que seja perscrutada a sua opinião, ainda que – para o efeito – possa necessitar de assistência e/ou instalações acessíveis.

A perspetiva que a criança terá das problemáticas que lhes dizem diretamente respeito ajudará a decidir qual o desfecho que reconduzirá ao seu melhor interesse. Tal não significa que a opinião da criança deva ser sempre seguida (facilmente se compreende que, muitas vezes, a sua idade e/ou falta de maturidade não permitirá um juízo apropriado ao seu melhor interesse). A única vinculação que existirá é ao superior interesse da criança, que poderá não coincidir com a opinião manifestada por esta. Todavia, a criança deverá ter sempre a possibilidade de ser ouvida. Várias são as normas que positivam esta obrigação. Desde logo, o art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que os Estados “*garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade*” (n.º1). Tal não significará que a criança terá de ser diretamente ouvida, podendo sê-lo através de técnicos com formação adequada (n.º 2 do mesmo art. 12.º). O que, no caso de uma criança com necessidades especiais, poderá ser ainda mais evidente.

No mesmo sentido, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (CEEDC), no que concerne aos direitos processuais da criança, institui no art. 3.º que “à criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) Obter todas as informações relevantes; b) *Ser consultada e exprimir a sua opinião*; c) *Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências*

de qualquer decisão.” Já na al. *b*) do art. 6.º, a propósito do papel das autoridades judiciais, a CEEDC consagra que caso à luz do direito interno se considere que a criança tem discernimento suficiente, a autoridade judicial, antes de tomar uma decisão, deverá: assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante; consultar pessoalmente a criança – diretamente ou através de outras pessoas ou entidades – numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança (exceto quando tal seja contrário ao seu superior interesse); permitir que a criança exprima a sua opinião e ter em devida conta as opiniões por ela manifestadas.

Há uma preocupação recorrente em que a criança seja ouvida sempre que seja possível e o facto de ter uma deficiência não derroga tal direito, sem prejuízo de poder ser necessário recorrer a terceiros que estejam melhor habilitados para levar a cabo esta tarefa. Nesse mesmo sentido, o Comentário Geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança relativo ao Interesse Superior da Criança, esclarece que mesmo que a criança se encontre numa situação de vulnerabilidade como, por exemplo, ser uma criança com deficiência, tal não a priva do direito de exprimir a sua opinião, nem reduz a importância que deve ser atribuída à mesma. Nestes casos devem ser adotadas medidas específicas que garantam uma igualdade de oportunidades e o estabelecimento de medidas de apoio, bem como as necessárias adaptações razoáveis, que garantam uma plena participação e avaliação do superior interesse da criança (cfr. p. 22 daquele Comentário). Relembre-se que, nos termos do disposto no art. 2.º da CDPD, adaptação razoável implicará, *inter alia*, uma modificação e ajustes necessários para que as pessoas com incapacidades possam exercer os seus direitos.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no n.º 1 do art. 24.º, consigna que a criança pode exprimir livremente a sua opinião que deve ser considerada nos assuntos que lhe digam respeito, em função da sua idade e maturidade. No número seguinte dispõe que todos os atos relativos às crianças (por parte de instituições públicas ou privadas), deverão atender primacialmente ao superior interesse da criança.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (comumente designado por Regulamento Bruxelas II Bis), na al. *b*) do art. 23.º determina que uma decisão em matéria de responsabilidade parental não será reconhecida se tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida – exceto em caso de urgência – violando as normas processuais do Estado-Membro requerido.

No ordenamento jurídico português, o art. 1878.º CC determina que os pais devem ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares e reconhecer-lhes autonomia na organização da sua própria vida, de acordo com a sua

maturidade (n.º 2)⁹. A al. c) do art. 4.º do RGPTC consagra o princípio da audição e participação da criança, devendo esta – com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e atendendo à sua idade e maturidade – ser sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, “*preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.*”

Por sua vez, o art. 5.º daquele RGPTC assegura – do mesmo modo - que a criança tem o direito de ser ouvida e a sua opinião tida em conta pelas autoridades judiciais. Contudo, será necessário ter cuidado com a forma como a mesma é escutada. A criança não pode sentir que está a decidir ou a escolher, apenas estará a facultar sua visão do ambiente que a rodeia.

Atendendo às condições e necessidades especiais da criança deficiente, a mesma deve ser ouvida com o auxílio e amparo adequados. Muitas vezes será aconselhável recorrer a técnicos especializados que saibam como colocar as questões e averiguar as necessidades e preferências da criança.

Caso a criança seja encaminhada para adoção deverá ser pessoalmente ouvida no processo de adoção, atendendo a sua idade, maturidade e capacidade de compreensão (princípio da audição obrigatória, al. c) do art. 3.º do RJA). Existirá, ainda, o princípio da participação (al. d) do mesmo art. 3.º), no sentido em que a criança deverá participar nas decisões relativas à concretização do seu projeto adotivo¹⁰. A adoção de uma criança com deficiência terá de revestir inevitáveis cautelas para que as suas necessidades especiais sejam devidamente atendidas pelos adotantes. Para tanto, deve também ser tida em devida conta a opinião da criança – percecionada do modo possível face à sua deficiência - face a uma eventual adoção como o seu projeto de vida.

Na al. j) do art. 4.º da LPCJP assegura-se a audição obrigatória e participação da criança, em separado ou em companhia dos seus pais ou de pessoa por si escolhida, na definição da medida de promoção dos seus direitos e de proteção. Na mesma rota, também o art. 84.º daquela LPCJP consagra que as

⁹ Pois, “(...) as responsabilidades parentais não anulam o poder de autodeterminação da criança, que deve ser reconhecido pelos pais em função da maturidade do filho (cf. Art. 1878.º, n.º 2, do Código Civil). Isto é, na relação com os pais, a sua facultade de autodeterminação intensifica-se à medida que vai crescendo e apresentando um desenvolvimento cada vez maior das suas facultades.” Jorge Duarte PINHEIRO, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais” in *Revista Scientia Iuridica* Tomo LXIV, Número 338, maio/agosto 2015, p. 260. Consultar ainda, a este propósito, Rosa MARTINS, “Responsabilidades Parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae*, n.º 10, 2008, pp. 37 e ss.

¹⁰ A este propósito, cfr. o Acórdão do STJ de 05-04-2018; Proc. n.º 17/14.8T8FAR.E1.S2; Rosa Ribeiro Coelho, disponível in www.dgsi.pt [última consulta em 19 de dezembro de 2019].

crianças são ouvidas - pela comissão de proteção ou pelo juiz - nas questões que originaram a intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção (nos termos previstos nos arts 4.º e 5.º do RGPTC). Veja-se que a LPCJP consagra que haverá legitimidade de intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança quando os pais, os representantes legais ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento; ou, quando o perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança e os responsáveis não se oponham de modo adequado a removê-lo (n.º 1 do art. 3.º). Nos termos do disposto na al. c) do n.º 2 daquele art. 3.º, considera-se que a criança está em perigo quando não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal. Ora, tal pode ser aplicável a criança deficiente que não tenha a assistência devida.

Também a LTE, nos termos do disposto no art. 1.º, consagra que a prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dará lugar à aplicação de medida tutelar educativa e o menor deverá ser ouvido (até para permitir o princípio do contraditório - ver também arts. 45.º e 77.º da LTE). A este propósito, Margarida Santos relembra que “*As Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 17 de novembro de 2010, sublinham que o direito a ser ouvida é um direito da criança e não um dever (Regra 46). (...) A audição do menor é realizada sempre pela autoridade judiciária (art. 47.º/1), que pode nomear técnico que acompanhe o menor e, eventualmente, lhe proporcione o apoio psicológico necessário (art. 47.º/2).*”¹¹ Caso o menor sofra de anomalia psíquica que o impeça de compreender o sentido da intervenção tutelar, o processo será arquivado - n.º 1 do art. 49.º da LTE (a este propósito, já se vem sugerindo a inserção de uma medida de internamento terapêutico^{12 13}.

Neste contexto e atendendo à preocupação acrescida com a audição da criança nos assuntos que lhe dizem respeito, será importante refletir sobre a participação da criança nas sessões de mediação familiar dos seus pais. A possibilidade de participação das crianças nas sessões de mediação irá de encontro ao seu superior interesse, princípio transversal na ótica *filiocêntrica* que rege nesta matéria. O contributo que os filhos podem trazer para a mediação pode, até, rev-

¹¹ Margarida SANTOS, *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 200.

¹² Cfr. Amélia Sineiro ANDRADE, Margarida SANTOS, “A Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa - uma primeira leitura” in *Scientia Iuridica*, set-dez, Tomo LXIV, n.º 339, 2015, p. 348.

¹³ A jurisprudência demonstra, igualmente, esta preocupação. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 14-12-2016 (Proc. n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1; Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível in www.dgsi.pt).

elar-se essencial na busca do acordo, pois a sua perspetiva pode ajudar na busca dos verdadeiros interesses, desbloqueando as posições que os pais tantas vezes adotam. Caberá também ao mediador reunir as condições para que o interesse da criança seja salvaguardado. Aliás, a Recomendação R (98) 1, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar (adotada pelo Comité de Ministros, em 21 de janeiro de 1998), consagra esta preocupação: “O mediador deverá ter em mente, muito particularmente, o bem-estar e o interesse superior da criança, deverá encorajar os pais a concentrarem-se nas necessidades do filho e deverá recordar aos pais a sua responsabilidade primordial, tratando-se do bem-estar dos filhos, e a necessidade de os informarem e consultarem.” (viii) do ponto III).

Em Portugal, não existe ainda um hábito enraizado de ouvir as crianças nas sessões de mediação. O que não significa que estas não possam participar se se entender que tal não lhes traz qualquer prejuízo (o superior interesse da criança é um princípio fundamental que caberá também ao mediador zelar) e que pode trazer benefícios para a contenda. Há quem defenda a presença dos filhos numa fase adiantada das sessões de mediação, aquando a discussão dos aspetos que lhes digam respeito, mas não no início¹⁴. Outros autores aventam outras hipóteses: “as crianças podem ser trazidas no final da sessão, para serem informadas dos acordos dos pais ou podem ser consultadas pelo mediador e pais depois dos acordos serem obtidos para saber a sua opinião, podem ainda ser entrevistadas pelo mediador no início do processo de mediação para recolha das suas opiniões, sentimentos e preferências o que pode ser feito individualmente, com os irmãos, com um ou dois pais. (...) Podem ainda ser trazidas às sessões periodicamente, sempre que se levantar uma questão que as envolva (...)”¹⁵

Inversamente, nem todos os autores entendem que a participação dos filhos nas sessões de mediação traz benefícios, pois não é uma atuação isenta de perigos¹⁶.

Ora, se em sede judicial a criança terá o direito de expor a sua opinião, por maioria de razão, também o poderá fazer no âmbito da mediação familiar, pese embora nem a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, nem o Despacho Normativo

¹⁴ Cfr. Daniel J. Bustelo ELIÇABE-URRIOL, *Ensayo: Mediación Familiar Interdisciplinaria*, Madrid, AIEEF, 1995, p. 71.

¹⁵ Isabel POÇAS, “A participação das crianças na mediação familiar” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, II-III, Abr-Set 2013, p. 854.

¹⁶ “There is no unanimity of practice as to involving children directly in the mediation process”. Henry J. BROWN e Arthur L. MARRIOT., *ADR principles and practice*, London, Thomson, 2005, p. 237. Para a análise de algumas das desvantagens, como a possibilidade de agudizar sentimentos de culpa e de ansiedade das crianças, cfr. Isabel POÇAS, “A participação das crianças na mediação familiar”, *ob. cit.* pp. 851 e 858.

n.º 13/2018, de 9 de novembro (diplomas que regem a mediação familiar em Portugal), se refiram diretamente a esta questão¹⁷.

Aliás, a percepção da opinião das crianças num ambiente informal (quando comparado com o cenário normalmente associado a um tribunal) será uma mais-valia a ter em conta e que não deve ser descurado¹⁸. Contudo, mesmo num enquadramento de índole mais consensual, como a mediação, deve existir alguma cautela com a forma como intervêm os filhos.

Não poderá existir qualquer responsabilização ou oneração da criança face ao desfecho da mediação¹⁹. Ou seja, a mesma não poderá sentir que dependerá da sua intervenção que a mediação chegue a bom porto, isto é, ao acordo. Esta é a responsabilidade dos mediados, não da criança. Tal como na audição da criança no contexto judicial, esta não deve sentir que está a decidir ou a escolher. O que deve é dar-se a oportunidade à criança de partilhar a sua perspetiva face à situação que a rodeia, que lhe seja a possibilidade de transmitir a forma como está a vivenciar o conflito e como tal tem impactado na sua vida. Muitas vezes, tal será um elemento ‘desbloquentador’ do impasse no diferendo entre os mediados,

¹⁷ Diferentemente, algumas leis de mediação familiar das regiões autónomas espanholas acautelam expressamente a possibilidade de participação dos filhos, designadamente a Lei da Região da Catalunha quando dispõe: “*Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. 2. Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.*” (art. 4.º da *Ley 15/2009, de 22 de julio*). Ainda sobre a proteção do interesse da criança na mediação familiar em Espanha, cfr. Carmen SÁNCHEZ-HERNÁNDEZ, “Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar” in *Derecho de Familia*, Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 1456-1457.

¹⁸ “*Concluyendo: 1) El menor ha de ser entendido como parte preferente, siempre, en la mediación familiar. 2) Las partes en conflicto deben de integrar en el proceso mediador a los menores para atender, del mejor modo posible, sus intereses. 3) La parte mediadora tiene como principal labor, en el ejercicio de su profesión, el cumplimiento de vigilancia y reconocimiento de los derechos del menor, a preservar en cualquier caso. 4) El menor debe participar en el diálogo que supone un procedimiento mediador - ateniendo-se a su edad y madurez – y en la búsqueda de las mejores soluciones posibles para todo el conjunto de la familia y, de un modo especial, para él mismo.*” Inmaculada GARCÍA PRESAS, “Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar”, in *Derecho y Familia en el siglo XXI*, Volumen I, Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 256.

¹⁹ Demonstrando, igualmente, este receio: Xulio FERREIRO BAAMONDE, “La Ley de Mediación Familiar de Galicia, una década después” in *La mediación en materia de Familia y Derecho Penal – Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, p. 192.

que passarão a focar a sua atenção tendo em conta esse ponto de vista. Mas a decisão deve ser responsabilidade dos adultos, não da criança²⁰.

Ao mesmo tempo, a criança deve sentir que está num ambiente seguro, onde pode expressar-se sem medos. Para tanto, será também importante explicar-lhe o princípio de confidencialidade a que o mediador está adstrito. A confidencialidade é uma característica fundamental, principalmente na mediação familiar onde são abordados temas pessoais e sensíveis. A criança só terá confiança no mediador - e na mediação - se sentir que sua privacidade está salvaguardada. Como tal, o n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, assegura que o mediador deve manter sob sigilo todas as informações que tenha conhecimento no procedimento de mediação, não fazendo uso das mesmas em proveito próprio ou de outrem²¹.

Num cenário de rutura familiar, os filhos experienciam um desajuste nas suas vidas (potenciado quando o litígio não é rapidamente sanado, por exemplo, em disputas infundáveis de regulação de responsabilidades parentais) e um conflito de lealdades. O filho - especialmente se ainda for uma criança - ficará imerso naquela contenda que lhe tolda a acuidade para a realidade e o levará, muitas vezes, a sentir que se deve aliar ao progenitor que percebe como mais frágil, considerando que será aquele que mais precisará dele²². Assim, para compreender e desenredar estas dinâmicas será eventualmente necessário procurar especialistas.

²⁰ "Si los padres no pueden decidir, los hijos están aún menos preparados para ello." Cfr. Ignacio CARTUJO BOLAÑOS, *Hijos alienados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas*, Madrid, Reus, 2008, p. 24.

²¹ No entanto, poderão existir situações em que a regra da confidencialidade será afastada. A Recomendação R (98) 1 dispõe duas exceções a este princípio: quando tal esteja legalmente consagrado ou quando as partes expressamente o permitirem. O n.º 3 do art. 5.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, vem consagrar que o dever de confidencialidade sobre o teor da informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por "*razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses*". Isto é, caberá ao mediador quebrar a confidencialidade quando existam situações que o justifiquem, designadamente, quando tenha conhecimento de atitudes criminosas ou quando tal seja necessário para proteger uma pessoa. Como tal, estando em causa a integridade física ou psíquica de alguém (seja parte ou não na mediação) ou o superior interesse da criança (por exemplo, os filhos das partes) ou quando seja necessário para efetivar ou executar o acordo, pode cessar o dever de confidencialidade. A título de curiosidade, na «*Mediationsgesetz*» alemã, também se traçam limites similares à confidencialidade, tais como quando esteja em causa a ordem pública, a segurança e bem-estar de uma criança ou a integridade física e psíquica de uma pessoa (cfr. § 4).

²² O que pode levar a um vínculo de dependência e de mútua necessidade. Nesse sentido, cfr. Lucía GARCÍA GARCÍA, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 201 e ss..

Poderá ser aconselhável recorrer a técnicos especializados que saibam como colocar as questões (perguntas podem condicionar respostas e questões mal formuladas a crianças podem ter efeitos perniciosos) e averiguar as necessidades e preferências da criança²³ ²⁴. A forma de participação das crianças na mediação familiar pode ser concretizada de diversas formas, adaptando-se à particularidade do conflito, da família e da criança em concreto²⁵. Existem diferentes técnicas e métodos que podem ser usados como jogos e bonecos, desenhos da família, questionários, diálogos informais, entrevistas, etc²⁶.

Estas técnicas terão de ser especialmente adaptadas e aprimoradas caso se esteja perante uma criança com deficiência. Sendo assim e dependendo das barreiras físicas, intelectuais, sensoriais ou comportamentais que a criança tenha, poderá não bastar o mediador ouvir a criança mas ter consigo um técnico especializado que saiba como colocar as questões e interpretar as respostas, atendendo às circunstâncias da criança.

4. Conclusão

Em geral, o nosso ordenamento está dotado de normas referentes à audição da criança. Apesar das normas que fomos observando, será necessário assegurar que a audição da criança é efetivamente realizada e tido em conta pelos julgadores. Estes devem ser especialmente cuidadosos nas situações de crianças

²³ Consultar ainda sobre este assunto Maria Saldanha Pinto RIBEIRO, *Divórcio: guarda conjunta dos filhos e mediação familiar*, [s/l], Pé da Serra, 1999, pp. 84 e ss..

²⁴ “Puede constatarse fácilmente que si los mediadores tienen una formación de origen jurídica se sienten con carencias técnicas a la hora de tratar con los menores, al considerar que existen importantes notas psicológicas que se les escapan. En cambio, cuando un mediador, con una formación de base en psicología, aborda una mediación de estas características puede tener más confianza o conocimientos al tratar con los menores. Sin embargo, el mediador con formación de origen en psicología también se tiende a sentir incómodo por las implicaciones legales que lleva aparejada la tutela del interés superior del menor y el régimen de responsabilidad que implica el carácter tuitivo-imperativo de las normas jurídicas que amparan a los mismos.” Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar”, in *Revista de Derecho de Familia*, n.º 67, 2/2015, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015, p. 82

²⁵ “En algunos programas, las entrevistas a niños y niñas se realizan en las primeras etapas del proceso, para comprender sus sentimientos y pensamientos acerca de todos los temas a tratar, aunque no tienen la oportunidad de participar en las siguientes etapas ni de hablar con sus progenitores durante la mediación. Es objetivo es transmitir a los padres las sensaciones, impresiones, percepciones, y sentimientos de los hijos a los padres para que los puedan tener presentes en el proceso de mediación.” Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar”, *ob. cit.*, p. 102. Sobre outras formas possíveis de incluir os filhos na mediação, *Idem*, p. 107.

²⁶ Cfr. Isabel POÇAS, “A participação das crianças na mediação familiar”, *ob. cit.*, pp. 853-854.

cuja condição ou deficiência exija uma adequação dos meios para se salvaguardar o seu superior interesse.

No caso da audição da criança na mediação familiar, embora não exista previsão legal direta, facilmente conseguimos inferir a sua aplicabilidade por um argumento *a fortiori* e pelos princípios de flexibilidade e proximidade inerentes a este meio de resolução alternativa de litígios (n.º 1, do art. 2.º, do Despacho normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro).

Tratar a criança como um sujeito de direitos implicar dar-lhe uma voz e saber escutá-la, ainda que com cautela e especial cuidado.



Universidade do Minho
Escola de Direito



TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”

AUTORES

André Gonçalo Dias Pereira | Cristina Dias | Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais | Diana Coutinho
Filipe Venade de Sousa | Helena Mota | Inmaculada Garcia Presas | João Nuno Barros | Jorge Duarte Pinheiro
Man Teng IONG | Margarida Santos | Maria João Lourenço | Mariana Schafhauser Boçon | Pablo Grande Seara
Patrícia Rocha | Regina Beatriz Tavares da Silva | Rita Lobo Xavier | Roberta Drehmer de Miranda | Rossana Martingo Cruz
Sónia Moreira

DATA DE PUBLICAÇÃO

Fevereiro de 2020

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação

ISBN

978-989-54587-2-1