

# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de  
Direito da  
*Família*

Ano 12-13 - n.º 23-26 - 2015-2016  
Publicação Semestral



# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Centro de  
Direito da  
*Família*

## Ficha Técnica

### *Conselho Redatorial*

**Guilherme de Oliveira** (Director Científico)

(Instituto Jurídico)  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
(Centro de Direito da Família da FDUC)

**Rosa Cândido Martins**

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
(Centro de Direito da Família da FDUC)

**Paula Távora Vítor**

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
(Centro de Direito da Família da FDUC)

### *Propriedade da Revista*

Centro de Direito da Família  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Pátio das Escolas  
3004-528 Coimbra  
Telef./Fax: 239 821 043  
cdf@fd.uc.pt  
www.centrodedireitodafamilia.org

### *Editor*

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família  
Ano 12 e 13 – n.º 23 a n.º 26 – Janeiro 2015 a Dezembro 2016  
Publicação Semestral

### *Execução gráfica*

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660  
Depósito Legal: 209 492/2004  
ERC 124500

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

## Sumário

### Doutrina

	Págs.		
Guilherme de Oliveira		Cláudia Sofia Antunes Martins	
<i>Dez tópicos sobre a nova lei da adoção</i> .....	5	<i>Os sistemas legais português e espanhol de protecção da infância e juventude: Notas comuns e dissonantes e análise crítica (continuação)</i> .....	43
Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais		Ivo Miguel Barroso	
<i>Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória – A herança ex re certa: Deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança</i> .....	23	<i>A homossexualidade como característica sine qua non do conceito constitucional de casamento</i> .....	59
		<b>Notícias</b> .....	87

# DEZ TÓPICOS SOBRE A NOVA LEI DA ADOÇÃO

Guilherme de Oliveira

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Palavras chave:** adoção; segredo; contacto; direito ao conhecimento das origens; adoção restrita

**Keywords:** adoption; secrecy; contact; the right to know biological origins; simple/limited adoption

**Resumo:** A adoção suscita dúvidas e os seus resultados ficam sempre aquém das expectativas. Este pequeno artigo discute alguns temas controversos

**Abstract:** Adoption raises doubts and always let many expectations unfulfilled. This small paper faces some controversial issues

## 1. Adoção *post mortem*

Todo o regime da adoção se ajusta à ideia de que se trata de proteger o *interesse do adotando*, mas visto este interesse à luz do *interesse geral* — se não se permite em regra a adoção de maiores de 15 anos, é porque não há interesse social a justificá-la. A ideia de que a adoção serve igualmente um interesse público estará refletida também no empenho com que se defende a estabilidade do vínculo, uma vez constituída a adoção, determinando-se que a adoção plena não é revogável (art. 1989.º), e só se permitindo a *revisão* da sentença que tenha decretado a adoção nos casos excepcionais que lei prevê (arts. 1990.º e 1991.º).

É à luz deste espírito do instituto que se deve responder à questão de saber se poderá constituir-se uma *adoção post mortem* — tanto depois da

morte do adotando quanto depois da morte do candidato a adotante.

Pode acontecer que a criança morra durante o processo, porventura numa fase final, quando o adotante ultrapassou todas as esperas, formações e avaliações. Deve dizer-se que — levando a analogia com o vínculo de filiação biológica até ao fim — a adoção poderia ser constituída tal como se pode perfilhar um filho falecido, embora sem efeitos para o perfilhante (art. 1856.º CCiv). Do mesmo modo, se o candidato a adotante morrer durante o processo, seria concebível que a adoção pudesse ser decretada, tal como se pode investigar judicialmente a maternidade (art. 1819.º CCiv) ou a paternidade (art. 1873.º CCiv) depois da morte da mãe ou do pai.

A adoção póstuma por morte do adotante é admitida no direito alemão no caso de morte do adotante depois de este ter iniciado o processo (§ 1753.º, BGB); a constituição da adoção tem, pelo menos, o efeito de tornar o adotado herdeiro do adotante<sup>1</sup>. E também no direito brasileiro (art. 42.º, §6, do Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>2</sup>, fundada na proteção do valor da verdade socioafetiva que o sistema tanto preza. Porém, em

<sup>1</sup> Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 30. Aufl., München: Beck, 2012, 476.

<sup>2</sup> “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.”

Portugal, a verdade socioafetiva não ganhou desenvolvimentos semelhantes e, sendo a adoção um instrumento de proteção das crianças, destinado a permitir-lhes um acolhimento familiar duradouro, a adoção póstuma tem pouco sentido: na verdade, depois da morte de qualquer dos intervenientes, a adoção perde a sua *função de proteção da criança* e perde o *interesse público* que a justifica.

## 2. A intervenção do Estado (regulação *ex-ante*)

Quando se trata da procriação tradicional — e ainda que a intervenção do Estado pudesse ter a boa intenção de garantir a defesa dos direitos e do bem-estar das futuras crianças — o Estado respeita o direito à intimidade da vida familiar (art. 26.º, n.º 1, CREP) e não se intromete nas decisões procriativas das pessoas, nem procura indagar sobre as condições psicológicas, materiais, sanitárias ou sociais daqueles que tomam decisões livres sobre a constituição da família sob a forma de produzir uma gravidez e de ter um filho. Não há nenhum departamento oficial onde se declare a intenção de procriar, não é necessário produzir a demonstração de que estão reunidas as condições indispensáveis para que a iniciativa venha ter sucesso, como quer que este se defina, nem se obtém uma qualquer autorização para prosseguir. Na verdade, seria muito difícil, antes de uma gravidez, estabelecer limites contra a vontade, ou sem a vontade, dos futuros progenitores.

“Estabelecer limites” significaria que cada mulher teria de se submeter a alguns critérios — como num “controlo de qualidade” — com o propósito de vir a obter uma “licença”. Esta mulher, estes progenitores, terão capacidade para suportar a gravidez em condições mínimas para garantirem o êxito? Mais tarde, terão meios intelectuais, psi-

cológicos, físicos e financeiros para desempenharem o papel de pais? Sendo as respostas negativas, quem teria o direito de recusar a “licença” de parentalidade? No caso de recusa, haveria recurso técnico para uma “junta médica” ou recurso jurídico para um tribunal? E a mulher sofreria sanções no caso de uma gravidez não autorizada? O feto ficaria sujeito a interrupção da gravidez compulsiva? O filho que viesse a nascer seria forçosamente retirado aos pais?

O problema já se pôs num caso em que, depois de uma série de gravidezes suportadas por uma mulher claramente incapaz de entender a gestação e de assumir essa responsabilidade, era de esperar que continuasse, ano após ano, a gerar filhos. Em 2000, um hospital pediu ao tribunal competente para que autorizasse a laqueação das trompas dessa menor, doente mental, que aparecia grávida todos os anos. Ou seja, pretendia-se impedir futuras gravidezes, prescindindo do consentimento da mulher que, comprovadamente, não saberia dá-lo. Perante a delicadeza do assunto, foi pedido um parecer ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) que considerou a laqueação adequada, garantido o cumprimento de certos requisitos<sup>3</sup>, designadamente com a intervenção do tribunal, fundamentado na opinião de médicos de várias especialidades, de um assistente social e dos representantes legais.

Recentemente, em 2012, a comunicação social fez eco de um caso que envolveu a retirada de vários filhos de uma senhora, alegadamente por estarem em perigo. Aparentemente, a senhora não tinha os meios financeiros e a disponibilidade para cuidar dos filhos que já tinha a seu cargo. Para além da retirada das crianças, as autoridades terão tentado evitar que a senhora voltasse a engravidar.

<sup>3</sup> Parecer 35/CNECV/01, *Laqueação de trompas em menores com deficiência mental profunda*.

Foi muito discutida a eventualidade de a comissão de proteção de menores ter levado a senhora a concordar com a laqueação de trompas ou, pelo menos, de ter sugerido um acordo nesse sentido; acordo que a senhora fez e terá violado<sup>4</sup>. O que nos interessa é que o problema é semelhante ao anterior na medida em que, depois de uma série de gravidezes, entendeu-se que era inconveniente começar alguma nova gestação. Verificou-se, pelo teor da discussão, que parecia socialmente rejeitada com veemência a legitimidade para recomendar, e muito menos exigir, o acordo de laqueação de trompas para prevenção de uma nova gravidez, com o propósito de evitar os danos previsíveis que adviriam para o filho nascido. Pareceu bem nítido que não era aceitável, neste caso, a prevenção da gravidez, contra a vontade da mulher, com base na expectativa de danos futuros.

Se, hipoteticamente, o Estado se atrevesse a tentar este tipo de controlo sobre a procriação — antes da gravidez — mais depressa se atreveria a procurar impor à mulher grávida os “estilos de vida” que defenderiam o feto contra danos gestacionais e lhe dariam expectativas de um parto melhor e de uma condição de saúde favorável. Por exemplo, o estado norte-americano do Tennessee pune a mulher grávida que tenha usado drogas causadoras de danos no feto — [Tennessee Fetal Assault Law \(HB 1295\)](#).

Mas pode notar-se que as regras da adoção — sobretudo na fase da avaliação dos candidatos a adotantes, mas também na apreciação jurisdicional global em que deve assentar a decisão — mostram uma atividade reguladora do Estado, sob a forma de “regulação *ex-ante*”, que não se pratica na procriação tradicional e mal se encontra no restante

<sup>4</sup> Algumas fontes oficiais negaram que o acordo tivesse sido induzido pelas autoridades de proteção.

direito da família<sup>5</sup>. No momento da *seleção de candidatos a adotantes*, os serviços fazem tradicionalmente uma avaliação dos candidatos, das suas condições de vida e das suas expectativas<sup>6</sup> <sup>7</sup>. Assim, pode dizer-se que a avaliação dos candidatos acaba por conceder, ou não, uma “licença de parentalidade”<sup>8</sup>; só os candidatos aprovados são integrados nas listas nacionais e ficam à espera da escolha da criança para iniciar o processo de pré-adoção. E mais tarde, no momento decisivo da *sentença de adoção*, o tribunal tem de se convencer de que o novo vínculo vai ser capaz de satisfazer os interesses da criança, ponderadas as várias exigências consagradas no art. 1974.º, n.º 1.

Quais são os fundamentos legais que justificam este controlo por parte do Estado, esta esta avaliação prévia que condiciona a decisão sobre a passagem de uma “licença de parentalidade”? Sabendo que todos os candidatos a adotantes poderão invocar as faculdades contidas no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e o direito fundamental a constituir família, só razões muito ponderosas poderiam justificar a seleção e a rejeição de candidatos. A razão deste controlo estatal encontra-se na obrigação de proteger as crianças adotadas, baseada na Convenção dos Direitos da Criança

<sup>5</sup> A avaliação prévia da capacidade matrimonial é outro exemplo.

<sup>6</sup> “É preciso que após a avaliação efetuada pelos técnicos do serviço de adoções competente estes concluem que estão reunidas as condições de higiene, privacidade e cuidado da habitação, que os candidatos dispõem dos rendimentos necessários para sustentar e educar uma criança, bem como as condições psíquicas e de saúde que lhes permitam exercer cabalmente as responsabilidades parentais.” *Guia prático — Adoção*, ISS, IP, 9-10.

<sup>7</sup> Há mesmo quem afirme que, por vezes, a seleção vai mais longe do que seria razoável, apresentando aos candidatos exigências excessivas.

<sup>8</sup> Ou seja, fazem aquilo que os serviços de medicina da reprodução gostariam de poder fazer, em alguns casos, para poderem excluir os candidatos que, previsivelmente, não poderão ou não saberão cuidar do filho.



ratificada por Portugal em 1990, no direito fundamental à proteção da infância consagrado na Constituição da República, e nas exigências do Código Civil. Na verdade, se valer a pena selecionar alguma norma da Convenção, basta afirmar a defesa do princípio da prevalência do interesse superior da criança (art. 3.º, n.º 1), designadamente no caso de adoção, onde aquele interesse terá de ser a consideração primordial (art. 21.º). Por sua vez, segundo o art. 69.º da Constituição da República, “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral” e “o Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”. Por último, no Código Civil, os requisitos gerais definidos pelo art. 1974.º determinam que se avalie se a adoção vai “realizar o superior interesse da criança”, vai apresentar “reais vantagens para o adoptando”, e é “razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação”. Acrescenta-se ainda que o adotando deverá estar ao cuidado do adotante durante um prazo suficiente para se poder “avaliar da conveniência da constituição do vínculo”. A efetivação destas garantias impõe que as crianças sejam entregues a adotantes que ofereçam condições suficientes para lhes prestarem os cuidados indispensáveis.

### 3. Aspetos críticos do instituto

#### a) Uma ficção ou “outra verdade”?

Sem prejuízo de também pretender encontrar uma família para as crianças afetivamente desfavorecidas, há quem pense que a filiação verdadeira é a que assenta no vínculo de sangue, e que a adoção nunca poderá ser mais do que um sucedâneo, uma ficção construída pela lei. Quem pensa assim, logo

dirá que não se deve construir uma vida familiar sobre uma falsidade; e que seria preferível dar todos os poderes e responsabilidades aos adotantes sem lhes chamar “pais”<sup>9</sup>. A nova família poderia basear-se no apadrinhamento civil.

Já se sabe que a resposta para esta dúvida está em considerar que, para além de uma verdade biológica pode falar-se em uma “outra verdade”, uma verdade social ou afetiva, que é suficientemente forte para fundar um estado familiar; e que, aliás, se tem desenvolvido no âmbito na chamada “multiparentalidade”<sup>10</sup>.

#### b) Adoção intuitu personae, ou adoção impessoal com base em listas?

Pode perguntar-se se a adoção tem de ser baseada na organização prévia de uma lista nacional que contenha o nome dos candidatos selecionados e o nome das crianças em situação de adotabilidade — como é o caso português — ou se é lícito fazer *adoções consensuais, direcionadas ou intuitu personae*, isto é, adoções em que uma criança é antecipadamente destinada a um certo candidato, ou vice-versa.

Esta última possibilidade é sustentada pela ideia de que, por vezes, a criança está entregue, de facto ou de direito, a um cuidador competente, que vem a pretender adotá-la; e se este cuidador tiver de ser excluído em favor de outro candidato que conste de uma lista nacional, a criança vai sofrer uma separação danosa, para se habituar a outro cuidador, por mais adequado que este seja. Outras vezes, a mãe que consente na adoção tem em vista uma certa pessoa em quem confia, tor-

<sup>9</sup> Jonathan Herring et al., “Family Law”, 2.ª ed, London, Palgrave, 2015, 134.

<sup>10</sup> Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, “Critérios jurídicos da parentalidade”, in *Textos de Direito da Família para F. Pereira Coelbo*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016, 271-306.

nando-se mais penoso tomar esta decisão em favor de alguém desconhecido. O direito brasileiro admite esta adoção mais personalizada (cfr. ECA, art. 50.º, § 13 e 14), estando pendentes propostas para alargar estas hipóteses<sup>11</sup>. Nestes casos, o candidato *ad hoc* deve ser habilitado segundo as exigências comuns, mas já durante o processo de adoção de uma certa criança.

Contra este sistema, pode recear-se que todo o processo fique à mercê dos candidatos mais expeditos e pressionantes, que diligenciem para se tornarem cuidadores de uma criança, criando um facto consumado que lhes vai permitir ultrapassar todos os outros incluídos na lista nacional que permanecem à espera da oportunidade para se estabelecer a correspondência ideal entre o seu perfil e uma criança desconhecida. O direito português tem seguido o sistema mais impessoal, com base na lista de candidatos e de crianças, e procura evitar que a criança se vincule a algum candidato informal, que não está a seguir os procedimentos estabelecidos.

Também parece verdade que, em algumas situações, as crianças já estão realmente muito integradas na família destes candidatos informais, pelo que seria muito pior retirar-lhes a criança para a entregar a outro candidato do que aceitar a irregularidade e procurar saná-la de algum modo, em favor dos interesses da criança, constituindo a adoção.

Este tipo de adoção é muito conhecido no Brasil (“adoção à brasileira”), quer parta de uma viciação do registo de nascimento<sup>12</sup> quer de meras situações de facto (“filhos de criação”). Numa sociedade que ainda tem muitas desigualdades e carências, os cuidadores voluntários “informais” desempenham um

papel relevante na proteção das crianças desfavorecidas. Mais tarde, apesar de se patentear uma violação da ordem dos candidatos presentes no cadastro de adotantes, acaba por se oficializar o vínculo adotivo, em homenagem à verdade socio-afetiva e ao interesse superior da criança.

### c) O “modelo do transplante”<sup>13</sup>

A reintrodução da adoção no direito português foi feita de uma forma cautelosa — só eram adotáveis os filhos ilegítimos de um dos adotantes, bem como os filhos de pais incógnitos ou falecidos. Esta limitação dava a garantia de evitar a maior parte dos conflitos que podiam opor a família de origem à família adotiva, tornando mais pacífico o desenvolvimento do novo vínculo.

Esta paz tinha o preço da quase irrelevância do instituto tanto como um instrumento para satisfazer os casais inférteis quanto para proteção da infância desvalida. Em 1977, a Reforma do código civil alargou o campo das crianças suscetíveis de adoção às que tivessem sido judicialmente declaradas abandonadas e às que residissem com o adotante há mais de um ano, estando a seu cargo. Certamente foi esta modificação que permitiu passar de 81 casos em 1976 para 205 casos em 1978, e para 305 em 1980<sup>14</sup>. Porém, a partir dessa altura, em Portugal, estavam criadas as condições para se desenvolver o conflito latente entre a família biológica e a família adotiva.

O modelo que se seguiu, à semelhança de outros países, foi o “modelo do transplante”, segundo o qual a criança cessa todas as relações com a família de origem e passa a pertencer exclusivamente à família adotante, para todos os efeitos. Este modelo

<sup>11</sup> Acessíveis em [linha](#).

<sup>12</sup> Paulo LÓBO, *Direito Civil, Famílias*, 4.ª ed., S. Paulo: Saraiva, 2011, 251-2 s. e 286-7.

<sup>13</sup> Jonathan HERRING, ob. cit., 133.

<sup>14</sup> Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.

pareceu sempre o mais adequado para garantir a *estabilidade* que a integração plena do adotado impunha. Como instrumentos para atingir a estabilidade, consagraram-se o *segredo* da adoção e da identidade dos intervenientes, e a *irrevogabilidade* do vínculo. O segredo, nas suas várias dimensões, permitiria isolar a família adotiva, evitando que os contactos com a família biológica afetassem a identificação do adotado como filho dos novos pais; a irrevogabilidade defenderia os pais adotivos das reclamações eventuais e futuras da família biológica, e assim favoreceria o investimento emocional no desenvolvimento da nova relação.

Este modelo era, portanto, radical, como parecia impor-se. Mas, ao consagrar a rutura total dos laços biológicos, suscitou dúvidas e dificuldades que suscitam debate.

#### d) O corte indiscriminado dos vínculos

Os críticos do “modelo de transplante” fazem notar que o corte é total e indiscriminado, isto é, a criança deixa de estar próxima de todos os familiares, incluindo parentes de quem gosta e que não lhe causam danos, porventura de irmãos que não possam acompanhá-la; e também da comunidade e da terra onde vive, que faz parte da sua identidade.

Percebe-se a tentação de fazer uma rutura total, pelas vantagens conhecidas, mas pode haver lugar a outras ponderações, ainda em favor da criança.

Ver-se-á que a lei n.º 143/2015 introduziu diferenças.

#### e) O estatuto da família biológica

Sem dúvida, há que proteger o superior interesse da criança desprovida de meio familiar nor-

mal, interesse que a adoção visa realizar, nos termos do art. 1974.º, n.º 1, CCiv; mas a dificuldade está em saber se o interesse da criança é o de entrar numa nova família que permita o desenvolvimento integral da sua personalidade, cortandose a ligação à família biológica, ou antes o de permanecer na sua família de sangue, certamente com o necessário apoio do Estado. Se os pais biológicos, ou os outros familiares que têm a criança a cargo, consentem na adoção e o seu consentimento é genuíno e autêntico, não surgem dificuldades. E estas também não surgem se os pais biológicos ou os outros familiares não consentem na adoção mas põem em perigo, *culposamente*, a vida, a integridade física, a saúde ou a formação moral da criança ou do jovem. A dispensa do consentimento dos pais, em casos destes, mostrase inteiramente justificada. Se, porém, os pais ou os outros familiares não consentem na adoção e não se “interessam” pelo filho mas o seu “desinteresse” provém, p. ex., de doença, ausência ou pobreza com todas as suas sequelas, a opção legislativa tornase mais delicada. A Constituição da República protege a adoção, que é objeto de uma garantia institucional, e, portanto, os candidatos a adotantes (art. 36.º, n.º 7), mas também protege os pais biológicos na sua função parental (art. 68.º). Ambos os interesses são constitucionalmente protegidos e a dificuldade é a de encontrar um *justo equilíbrio* entre eles, só parecendo justificado dispensar o consentimento dos pais quando os vínculos próprios da filiação não existam ou se achem manifestamente comprometidos, de modo que não possa esperar-se, *razoavelmente*, que se restabeçam em tempo útil para a criança. É à dificuldade inerente à definição das opções legislativas a tomar, que requerem, muitas vezes, conhecimentos especializados de psicologia e ciências sociais, acresce, na prática, a dificuldade de preen-

cher os conceitos indeterminados em que aquelas opções necessariamente terão de exprimirse<sup>15</sup>.

Acresce, ainda, que estará sempre presente o *direito ao respeito pela vida privada e familiar* da família de origem<sup>16</sup>; e assim, por sobre ter de respeitar a legislação nacional, cada ato que separe o filho dos pais biológicos e, por fim, corte os vínculos que os une, tem de ser capaz de provar que não só a retirada do filho é necessária para garantir a saúde e os direitos da criança mas também que, depois da remoção, a cessação definitiva dos vínculos é uma medida adequada e proporcional, ou seja, necessária numa sociedade democrática<sup>17</sup>.

Pode merecer uma especial atenção a posição da mãe biológica — porventura nova, sozinha e vulnerável — que poderá sofrer muito com a separação, depois de uma história pessoal tantas vezes lamentável, e que assim poderá somar mais uma infelicidade à sua condição passada.

#### f) O segredo

O segredo da adoção e da identidade dos pais biológicos, destinado a garantir a estabilidade que o desenvolvimento dos laços novos exige, só tem realmente sentido quando a adoção se consuma pouco tempo depois do nascimento. De facto, se a idade média dos adotados for suficientemente alta para eles, apesar de tudo, manterem uma memória da família biológica e do lugar a que pertenceram, a rutura completa dos laços e do contacto não

<sup>15</sup> Sobre o preenchimento dos conceitos indeterminados (“reais vantagens para o adoptando”, “motivos legítimos”, “sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante”, “vínculo semelhante ao da filiação”) que o legislador usou no art. 1974.º, cfr. Clara SOTTOMAYOR, “Quem são os “verdadeiros” pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos”, *Direito e Justiça*, 16 (2002) 198204.

<sup>16</sup> Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 8.º.

<sup>17</sup> Cfr. a jurisprudência constante do TEDH e, p. ex., *Soares de Melo c. Portugal* (Requête n.º 72850/14).

satisfaz a função que a sustentou originalmente. Em muitos casos, o adotado pode vir a ser tratado como se ignorasse a sua condição quando, na verdade, sabe tudo sobre ela, e esta desarmonia pode não ser saudável.

#### g) A celeridade do processo

Poucos institutos terão sido alvo de mais reformas do que a adoção, em Portugal, sempre com o anseio de tornar o processo mais célere. Para dar um exemplo claro, a duração máxima do período de pré-adoção era de um ano na lei de 1993, de seis meses na lei de 2003, e é de três meses na lei de 2015.

Pode admitir-se que a duração de todo o procedimento, desde a candidatura, diminua se o desenho, o número e a qualificação dos técnicos forem adequados. Mas a eficácia da sentença de adoção — pelos seus efeitos radicais e o seu carácter irrevogável — gera certamente um sentimento de responsabilidade muito alto e a necessidade de verificações cuidadosas que não se compadecem com precipitações<sup>18</sup>. A celeridade é um objetivo compreensível, mas a adoção, vista no seu todo, tenderá a ser lenta.

#### h) Medicina da Reprodução

O desenvolvimento desta área tem a consequência de que a adoção já não é a única via para satisfazer o desejo dos casais inférteis. Então, pode valer a pena acompanhar a evolução paralela dos dois caminhos. De momento, parece que a procura crescente de assistência médica à reprodução diminui o número de candidatas à adoção<sup>19</sup>, e isto talvez possa tornar mais fácil a concretização dos

<sup>18</sup> Jonathan HERRING, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>19</sup> F. TERRÉ; D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7 éd., Paris, Dalloz, 2005, 817.

projetos daqueles que persistem nesta via.

Por outro lado, em Portugal, verifica-se que nasceram em resultado das técnicas de PMA, em 2013, pelo menos 2019 crianças<sup>20</sup>, em confronto com as 406 adoções decretadas no mesmo ano<sup>21</sup>; sabendo que há muitas crianças à espera de candidatos que já dificilmente virão, pode criar-se a ideia de que o desejo de ter uma gravidez e um bebé suplanta claramente o interesse altruísta de socorrer aqueles que já existem e que precisam de uma família.

#### 4. Adoção depois da maioridade

Há sistemas jurídicos que mantêm a possibilidade de adoção de pessoas de maioridade. Naturalmente, a justificação que sustenta o instituto difere da que se alega para a adoção de crianças.

No Brasil, encontra-se a vantagem de regularizar a situação de facto dos “filhos de criação” que vivem com os seus cuidadores durante anos, “construindo laços de afetividade recíproca”, sem registo civil desta relação<sup>22</sup>. Em Espanha, é possível a adoção de maiores que tenham estado acolhidos pelo adotante ou em convivência estável com ele<sup>23</sup>; aparentemente, a adoção visa fins semelhantes aos que valem no Brasil. Na Itália, manteve-se a adoção de maiores com as velhas finalidades de transmitir o apelido e o património da família<sup>24</sup>. Na Alemanha, admite-se a adoção de maiores quando for “moralmente justificado”, designadamente quando se criou entre o adotante e o adotado uma relação

semelhante à de filiação; o vínculo tem os efeitos gerais da adoção de menores, salvo o que fica expressamente excluído por algumas disposições da lei, por exemplo, não se geram relações de família entre o adotado e os parentes do adotante, nem com o cônjuge ou unido de facto do adotante<sup>25</sup>. Mas não deixam de ser assinalados os perigos de abuso, sempre que, afinal, se pretende apenas uma posição sucessória ou um visto de residência<sup>26</sup>.

#### 5. A possibilidade de “contacto”

A Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, veio admitir que a sentença de adoção preveja a *possibilidade de contacto* entre a família adotiva e a família biológica (art. 1986.º, n.º 3, do Código Civil e art. 56.º, n.º 5, RJPA<sup>27</sup>). O tribunal pode ter em conta qualquer circunstância para fundar a ideia de que será conveniente para a criança manter o contacto com algum elemento da família biológica; o tribunal pode, ainda, permitir o contacto da família adotiva com a anterior família biológica do adotado.

A Lei não prevê a hipótese de ter havido uma primeira adoção e depois uma segunda adoção da mesma criança. Neste caso raro, pode haver conveniência em manter contactos do adotado com membros dessas duas famílias anteriores a que ele pertenceu; embora a redação da lei não abranja esta situação, o espírito do regime e os interesses do adotado podem justificar aquele alargamento do contacto. Aliás, a lei recomenda que se atente principalmente na conveniência do “relacionamento entre irmãos”, e é fácil imaginar que o adotado precise de manter o contacto com algum irmão

<sup>20</sup> Pois “não existe registo do resultado final de 10,5% das gestações” — [Relatório da atividade desenvolvida pelos centros de PMA em 2013](#).

<sup>21</sup> [Dados da Pordata](#).

<sup>22</sup> Paulo LÓBO, *Direito Civil, Famílias*, 286, e art. 1619.º, CCiv br.

<sup>23</sup> Art. 175.º, n.º 2, CCiv es.

<sup>24</sup> ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 3.ª ed., Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, 649 e s., e arts. 291 e segs. do CCiv it.

<sup>25</sup> § 1767.º ff., e § 1770.º, BGB.

<sup>26</sup> Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 483-4.

<sup>27</sup> *Regime Jurídico do Processo de Adoção*.

que porventura tenha ficado no seio da família biológica, e com algum outro que tenha permanecido na primeira família adotiva.

Esta possibilidade de manutenção de contactos — num quadro de cessação dos vínculos familiares anteriores e de constituição de vínculos novos — é considerada como uma medida *excepcional*. Sugere aquilo que vem sendo designado por “adoção aberta”.

Uma vez que a lei consagrou a possibilidade de a sentença prever alguma forma de contacto *personal* — que é a forma mais intensa de contacto, podendo abranger encontros cara-a-cara — pode dizer-se que ficou implicitamente autorizada a previsão de outras formas limitadas de relação; assim, admite-se a realização de telefonemas, mensagens, prestação de informações, ou o envio de fotografias.

Não será fácil determinar a extensão em se deve admitir esta abertura, pois os interesses que estão em jogo são melindrosos e eventualmente conflituantes. Por um lado, a regra do corte com os vínculos anteriores visa fomentar a integração rápida e pacífica da criança na família adotiva, e pode pensar-se que a manutenção de contactos é suscetível de atrasar esta integração; por outro lado, ainda que criança tenha alguma memória menos má da sua família de origem, quando se poderá concluir que essa memória justifica a manutenção do contacto? Ainda se deve recordar que os pais adotivos vão ter as responsabilidades parentais, e esta função exige deles que escolham bem o momento e o modo de revelar a adoção e de aceitar o contacto com a família biológica. Estas dificuldades costumam impelir os legisladores e os serviços competentes a depositar na mão dos pais adotivos a conformação do regime; assim fez a lei portuguesa, que impõe, em qualquer caso, que os pais ado-

tivos *consintam* no contacto (art. 1986.º, n.º 3)<sup>28</sup>.

Talvez se pudesse ter afirmado apenas<sup>29</sup> que o estabelecimento do contacto ficaria dependente do juízo de que “tal corresponda ao superior interesse do adotado”; pode parecer estranho que os adotantes possam vetar um regime que pareça corresponder aos interesses do adotado, sobretudo se a oposição for manifestamente infundada. Talvez se pudesse aceitar uma oposição fundada, de tal modo que o contacto, embora parecesse, em princípio, satisfazer os interesses da criança, perdia os seus méritos em face das boas razões dos adotantes; o tribunal só poderia impô-lo nos casos de oposição infundada. Mas o legislador terá suspeitado de que esta ponderação seria difícil, e que retirar a condução da vida do adotado das mãos dos adotantes poria em risco a satisfação dos interesses da criança. Isto tê-lo-á levado a prever expressamente, para todos os casos, a condição do acordo dos adotantes.

Resta notar que a manutenção do contacto já parecia possível antes da nova lei o prever expressamente. Na verdade, salvo melhor opinião, se os adotantes tivessem prescindido do segredo que a lei lhes garante (art. 1985.º, n.º 1) e se os progenitores não tivessem requerido expressamente o segredo da identidade (n.º 2), nada impediria a prática do contacto.

## 6. Proibição de estabelecer a filiação natural

A proteção da estabilidade do vínculo, uma vez constituído, vai ao ponto de a lei não permitir que depois de decretada a adoção se estabeleça a filiação natural do adotado ou se faça prova dessa filiação

<sup>28</sup> Cfr. o art. 178.º, n.º 4, do código civil espanhol; e HERRING, *Family Law...*, cit., p. 149.

<sup>29</sup> Parecer do Conselho Superior do Ministério Público sobre a Proposta de Lei n.º 340/XII, p. 16-7.

ção fora do processo de casamento. É o que dispõe o art. 1987.º, cuja doutrina pode suscitar dúvidas quanto à sua conformidade ao *direito à identidade pessoal* do menor (art. 26.º CREp), do qual decorrerá um *direito ao conhecimento da sua ascendência biológica*, e até ao *direito de constituir família*, se pela fórmula da 1.ª parte do n.º 1 do art. 36.º da Constituição se entender, como temos entendido<sup>30</sup>, além de um direito a procriar, um direito a converter a filiação biológica em filiação jurídica mediante o estabelecimento das correspondentes relações de maternidade e paternidade.

A questão deve ser apreciada em face do n.º 2 do art. 18.º da Constituição, que permite restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, em quanto seja necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Dispondo o n.º 7 do art. 36.º que a adoção é regulada e protegida “nos termos da lei”, será este um dos “casos expressamente previstos na Constituição” em que tal restrição é permitida. O princípio da proteção da adoção pode assim justificar em quanto seja necessário a restrição dos mencionados direitos.

À luz deste critério de *proporcionalidade*, sugeri que podia haver lugar para distinguir entre uma perfilhação ou uma declaração de maternidade, por um lado, e uma investigação judicial de maternidade ou de paternidade, por outro lado; esta distinção acabaria por dar mais valor aos direitos do filho do que aos direitos dos progenitores<sup>31</sup>. Admiti então que a *perfilhação* (ou a *declaração de materni-*

*dade*) poderia ser feita mas com carácter secreto e eficácia eventual, para se usar apenas quando fosse favorável aos interesses do filho, designadamente para efeitos de proteção da saúde, tendo em conta os avanços da genética, para o caso de haver revisão da sentença de adoção, ou até para a hipótese de se vir a admitir a revogação do vínculo; admiti também que poderia manter-se a *averiguação oficiosa*, com os resultados guardados do mesmo modo secreto, para efeitos idênticos aos mencionados; e ainda que o filho maior poderia ser admitido a *investigar judicialmente* os vínculos biológicos, com revogação da adoção, livremente ou sujeito à demonstração de “motivos sérios”, ou então, digo agora, sem prejuízo da adoção, para mera satisfação do direito a conhecer a identidade do progenitor, no âmbito dos seus direitos de personalidade e não do direito da família, tal como defendem os juristas brasileiros<sup>32</sup>.

## 7. Direito ao conhecimento das origens

Há dezenas de anos que alguma doutrina<sup>33</sup>, em vários países, vinha defendendo a consagração de um *direito ao conhecimento das origens*, por parte do adotado.

Este direito costuma basear-se, em primeiro lugar, no *direito fundamental à identidade*. A identidade supõe um conjunto de elementos fixados no passado e um conjunto evolutivo de circunstâncias construídas por cada pessoa; de entre as primeiras, que constituem a “*historicidade pessoal*”<sup>34</sup>, en-

<sup>32</sup> P. ex. Paulo LÓBO, *Direito civil - Famílias*, 227-8.

<sup>33</sup> Pelo menos a partir da obra de KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976. A constituição de uma associação norte-americana para ajudar os adotados na pesquisa dos seus ascendentes data de 1971 — cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra: Almedina, 2003, 473.

<sup>34</sup> J.J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 462.

<sup>30</sup> Cfr. Vol. I, n.º 43, e a anotação de F. Pereira COELHO ao ac. do S.T.J. de 5685, na *RLJ*, ano 119.º, p. 374377, onde se dá notícia de outras possíveis interpretações do preceito.

<sup>31</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 489-493; sobre o direito do adoptado ao conhecimento da sua ascendência biológica, com larga informação de direito comparado e referências à adoção “aberta”, cfr. também Clara SOTTOMAYOR, “Quem são os “verdadeiros” pais?”, 214 s.

contra-se facilmente a questão da origem genética e da localização no sistema de parentesco. Em segundo lugar, pode afirmar-se que a privação do conhecimento necessário para satisfazer o direito à identidade infringe o *direito à integridade pessoal*, na vertente de integridade moral. Em terceiro lugar, uma vez consagrado um *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*, encarado como um direito de liberdade, é forçoso dar ao titular os instrumentos necessários para a tomada das decisões existenciais relevantes.

Pode dizer-se que a primeira utilização deste direito a conhecer as origens coube aos que pretendiam exercer livremente o tradicional direito de investigar a maternidade ou a paternidade<sup>35</sup>; ele também serve, naturalmente, aos nascidos por técnicas de procriação assistida com dador.

A lei portuguesa não tinha disposições específicas sobre a matéria, embora o regime geral do acesso ao registo civil pudesse permitir, de facto, o conhecimento da identidade dos progenitores. É certo que, pelo menos a propósito do direito de investigar livremente a paternidade, no final dos anos 70, já se tinham invocado os direitos constitucionais relevantes<sup>36</sup>, capazes de fundamentar o direito que hoje se designa por *direito de acesso às origens*. Isto é, de 1967 em diante, quando as normas do Código do Registo Civil começaram a fazer referência ao filho adotivo, já se tinha começado a falar, embora timidamente, daquele problema do acesso às origens.

O Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio alterou o art. 1986.º CCiv, dando-lhe o conteúdo que hoje ainda tem; e foi necessário atualizar as normas

do registo civil quanto à legitimidade para pedir certidões e quanto ao seu conteúdo. Então, com a reforma de 1995, o art. 213.º, n.º 2, CRegCiv veio afirmar que as certidões de narrativa extraídas dos registos nascimento de filhos adotados não podiam conter a identidade dos progenitores, salvo quando o requisitante o solicitasse expressamente, sendo que o requisitante podia ser o adotado, caso em que este ficaria a conhecer a identidade dos pais biológicos. Este resultado só poderia não se verificar quando os progenitores tivessem declarado que se opunham à revelação da sua identidade (art. 1985.º, n.º 2, CCiv), mas este obstáculo só valia contra a pretensão do adotado para aqueles que entendiam<sup>37</sup> que também ele ficaria sujeito ao segredo querido pelos progenitores; na verdade, outra opinião<sup>38</sup> defendia que o segredo só valia entre progenitores e adotantes, e não contra o adotado que, portanto, obtinha livremente a informação.

Por outro lado, o art. 214.º, n.º 2, CRegCiv veio reconhecer legitimidade para pedir certidões de cópia integral ou fotocópias do assento de nascimento do adotado (que incluem a filiação biológica) às “pessoas a quem o registo respeita” abrangendo, portanto, o próprio adotado; este, ao obter a certidão, logo sabia a identidade dos progenitores. Acrescente-se que a reserva da identidade dos progenitores (que eles podem declarar expressamente que pretendem no ato de adoção — cfr. art. 1985.º, n.º 2) só se impunha quando os pais adotivos (“ascendentes”) eram os requerentes (n.º 2).

O Código do Registo Civil também não estabelecia uma *idade mínima* para o adotado requerer estas certidões que lhe permitiam ficar a saber a

<sup>35</sup> Guilherme de OLIVEIRA, “Investigação de paternidade ilegítima: inconstitucionalidade do art. 1860.º do Código Civil”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 24/1-3 (Janeiro-Setembro, 1977).

<sup>36</sup> Cfr. a nota anterior.

<sup>37</sup> J. A. Pinto MONTEIRO, “O direito a conhecer as origens na adoção”, *Lex Familiae*, 4/8 (2007) 65-86, p. 78-9.

<sup>38</sup> Rafael REIS, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 297.



identidade dos progenitores, mesmo que fosse menor. Houve quem notasse este facto, que corresponderia à prática registral, encarando-o como um defeito potencialmente danoso<sup>39</sup>; e também se manifestou a opinião de que se aplicariam as regras gerais do suprimento da incapacidade dos menores, deixando o requerimento da certidão nas mãos do seu representante legal, embora sugerindo regras especiais para o caso (aliás vulgar) de o representante legal ser o adotante<sup>40</sup>. Talvez se pudesse acrescentar que o pedido de certidão, feito por um menor, com o propósito de conhecer a identidade dos progenitores, configurava um dos casos de prática de um ato puramente pessoal, que o menor pode praticar livremente (art. 1881.º, n.º 1, CCiv).

Estas regras tinham a aparência de constituir a via estabelecida pelo sistema português para concretizar o direito fundamental de aceder às origens — na verdade, em princípio, permitiam atingir este objetivo.

Creio, porém, que o acesso às origens, com base nas citadas normas do registo civil, não passou de um efeito perverso, não ponderado, e muito menos anunciado. De facto, só em 1993 se organizou um modo consistente de garantir o segredo da adoção (ainda hoje constante do art. 1985.º) e apenas se consideraram os interesses dos adotantes e dos progenitores. Nem nessa altura, nem nos momentos das alterações posteriores do código do registo civil se debateu o modo de concretizar o direito do adotado aceder à identidade dos pais biológicos, sugerindo-se e prevendo-se um meio eficaz e também seguro; nem a Lei que autorizou o governo a aprovar o novo código de registo civil de 1995 (Lei n.º 3/95 de 20 de fevereiro) menciona tal questão. Julgo, assim, que o regime instituí-

do pelo Decreto-Lei n.º 143/2015 é o primeiro regime pensado e claramente estabelecido para o efeito, quer se concorde com ele, quer não.

A Lei n.º 143/2015 introduziu uma norma no código civil (art. 1990.º-A) que reconhece ao adotado “o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites” definidos no RJPA (art. 6.º)<sup>41</sup>.

O adotado com dezasseis anos, ou mais, pode requerer aos organismos de segurança social (definidos pelo art. 7.º) informações sobre as suas origens, beneficiando de aconselhamento e apoio técnico (art. 6.º, n.º 1). Entre os dezasseis e os dezoito anos, a satisfação do requerimento do menor está dependente da autorização dos pais<sup>42</sup>, e o apoio técnico é obrigatório (n.º 2). Depois dos dezoito anos, o adotado é livre de requerer a informação e o apoio técnico é facultativo.

Parece razoável acrescentar que, se a lei reconhece o direito de aceder à identidade dos progenitores nestes termos, implicitamente permite o acesso à história pessoal, designadamente a informações de natureza genética, para efeitos de saúde, sem os requisitos que previu quando os requerentes forem os pais adotivos ou o ministério público (cfr. n.ºs 6 e 7). Pode mesmo dizer-se que, durante a menoridade, devia ter sido dispensada a autorização dos pais adotivos e o apoio técnico obrigatório, pelo menor melindre e a eventual urgência das informações em causa.

Os n.ºs 3 e 4 do art. 6.º RJPA impõem a todas as entidades públicas e privadas que forneçam às

<sup>41</sup> O art. 6.º usa as palavras “identidade”, “origens”, “antecedentes” e “história pessoal”, em que talvez haja sobreposição de sentidos; a utilização concreta da norma levará a um esclarecimento conveniente.

<sup>42</sup> Parece oportuno discutir se o acesso à identidade dos progenitores é uma questão “puramente pessoal” que escapa à representação legal (art. 1881.º, n.º 1, CCiv). Para quem concluir que é, a “autorização dos pais adotivos ou do representante legal”, exigida pelo art. 6.º, n.º 2, RJPA, será excessiva — assim M. de LORENZI, *El derecho a conocer los orígenes biológicos*, polic., Barcelona, 2015, 551 e 555.

<sup>39</sup> J.A. Pinto MONTEIRO, “O direito a conhecer as origens na adoção”, 80-1.

<sup>40</sup> Rafael REIS, *O direito ao conhecimento*, 304.

entidades competentes em matéria de adoção todos os dados relevantes, que estas últimas devem conservar por cinquenta anos.

Note-se, por fim, que o art. 6.º, n.º 5, RJPA reitera o dever de sigilo sobre a identidade dos progenitores, que impende sobre as entidades que participarem no exercício do direito de acesso.

Pode perguntar-se qual pode ser a reação de um adotado que queira exercer o direito de conhecer a identidade dos progenitores e se depare com dificuldades, designadamente a rejeição pelos serviços (p. ex. porque entendem que o art. 1985.º, n.º 2, lhe retira o direito), ou com a falta de conservação de informações decisivas (em violação do disposto no art. 6.º, n.º 3).

A resposta de princípio seria que o titular do direito pode recorrer a todos os meios gratuitos e judiciais disponíveis, em geral, para obter uma tutela efetiva, de harmonia com o art. 20.º, n.º 1, CRRep. Porém, parece ser necessário tomar em conta que o direito de conhecer as origens é reconhecido por lei ao adotado em certos “termos” e dentro de certos “limites” (art. 1990.º-A), isto é, de um *modo contido* e definido no art. 6.º do RJPA; e, afinal, também pelo art. 1987.º, que proíbe “fazer prova [da] filiação natural”. Esta contenção significará, então, que apenas se pode requerer as informações conservadas pelos organismos de segurança social, e não se pode, por exemplo, intentar uma ação declarativa e fazer prova de que as pessoas A e B são os progenitores, ainda que sem consequências sobre a subsistência da adoção, ou, por outras palavras, sem a constituição de um estado de filho. Sem prejuízo, é claro, do uso dos meios próprios que se destinarem ao ressarcimento dos danos a que alguma conduta ilícita e culposa dos serviços tiver dado lugar.

Se pensarmos nos indivíduos adotados antes da

entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, diremos que o direito de “acesso ao conhecimento das origens” foi garantido “às pessoas adotadas”, sem discriminação (cfr. art. 1990.º-A CCiv); esta forma de retroação para as adoções decretadas anteriormente é, aliás, recomendada pelas regras gerais sobre aplicação de leis no tempo, dado que a norma se refere ao conteúdo da relação jurídica, sem se importar com o seu ato constitutivo e, muito menos, da sua data (cfr. art. 12.º CCiv); e concluir o contrário seria estabelecer uma desigualdade incompatível com a Constituição da República.

Dizer que a norma reconhece o direito de acesso a todos os adotados significa, necessariamente, que as entidades referidas no art. 6.º RJPA têm os mesmos deveres para com todos. Coisa diferente é ter de admitir que os dados conservados por essas entidades podem revelar deficiências e ausências quanto às adoções anteriores à data da nova Lei. Isto significará que os adotados há mais tempo poderão sentir dificuldades maiores do que os novos adotados; mas também significará que, se as insuficiências são compreensíveis, as entidades competentes devem proceder com uma diligência reforçada, para tentar diminuir os insucessos.

Diga-se, também, que, embora com dificuldades formais a vencer, os adotados maiores podem requerer a consulta dos processos, de onde consta a informação pretendida (art. 4.º RJPA).

Por fim — quer as normas anteriores fossem consideradas como um verdadeiro e próprio regime de acesso às origens, quer fossem entendidas como normas sobre legitimidade para pedir certidões e sobre o seu conteúdo que produziam uma consequência fortuita e melindrosa — a verdade é que o Decreto-Lei n.º 143/2015 estabeleceu um regime novo. Este regime ficou legitimado pelo art. 1990.º-A CCiv e foi definido por remissão

para a norma relevante do RJPA (art. 6.º): o acesso às origens far-se-á “nos termos e com os limites” desse art. 6.º. E embora não tenha alterado ou revogado expressamente e parcialmente as normas do Código do Registo Civil, a previsão de um regime totalmente novo implica a revogação tácita do regime anterior. Deste modo, os arts. 213.º e 214.º CRegCiv não poderão ser utilizados de tal modo que se produza um acesso do adotado à identidade dos progenitores fora dos “termos” ou para além dos “limites” definidos pelo art. 6.º RJPA. O adotado pode manter o direito de requerer certidões, mas não poderá ter acesso à identidade dos progenitores; para exercer o seu direito de acesso às origens deve requerer as informações relevantes aos organismos de segurança social (art. 6.º, n.º 1, RJPA).

## 8. Irrevogabilidade

A adoção *não é revogável* (art. 1989.º CCiv).

Costuma justificar-se esta característica com a analogia com a filiação natural que a lei quer sublinhar, e também com a ideia de que esta indestrutibilidade do vínculo é uma condição necessária para que os adotantes invistam todos os seus afetos no adotado e na sua integração.

Apesar de ter de reconhecer que a regra é muito generalizada, ela não me parece forçosa. Aliás, a *Convenção europeia em matéria de adoção de crianças*, de 1967, ratificada em 1990, admite que os Estados membros prevejam casos de revogação (art. 13.º).

Por um lado, a analogia com a filiação natural, apesar de todos os seus méritos, não tem de se tornar uma ficção. Na verdade, a filiação natural, se assenta na verdade biológica, é inelutável simplesmente porque não se pode mudar o dado genético fundador; mas o vínculo adotivo assenta numa verdade social ou afetiva, e o vínculo jurídico pode ser

conformado pelo Direito — a analogia pretendida não tem de ser total.

Por outro lado, é compreensível que os adotantes não se entreguem à sua função de pais se sentirem o vínculo como uma ligação precária. Porém, se é verdade que se deve respeitar a sua expectativa de perenidade, sempre pode perguntar-se se todos os casos merecem esse respeito: por exemplo, tem sentido a irrevogabilidade quando os pais comprometem culposa ou dolosamente a sua relação com o filho, e prejudicam seriamente os interesses dele? Ou quando o adotado maior e o adotante estão de acordo em pedir a revogação?

Há sistemas jurídicos que preveem casos limitados de revogação do vínculo, alegadamente no interesse do adotado — pelo menos na Dinamarca, Alemanha, Holanda e Áustria. Na Dinamarca, pelo ministro da Justiça quando há acordo das partes, pelo tribunal quando os adotantes não cumprem os seus deveres com prejuízo dos interesses do filho<sup>43</sup>; na Alemanha, pelo tribunal, quando houver motivos sérios, no interesse do filho, e se se pretender constituir uma nova adoção<sup>44</sup>; na Holanda, quando o tribunal se convencer de que a revogação é razoável e corresponde ao melhor interesse do adotado<sup>45</sup>; na Áustria, quando a permanência da adoção comprometeria seriamente o bem da criança<sup>46</sup>. Alguma doutrina francesa também discute a irrevogabilidade total: faz notar que os progenitores podem ser substituídos por adotantes, enquanto os primeiros adotantes não podem ser substituídos por novos adotantes — o que faz parecer que a ado-

<sup>43</sup> Act No. 928, of 14 September 2004, cap. III.

<sup>44</sup> BGB, § 1763.

<sup>45</sup> Código civil holandês, arts. 231.º e 232.º

<sup>46</sup> ABGB, § 201 e 202.

ção “é mais forte” do que a filiação natural<sup>47</sup>; e pode acrescentar-se, nesta linha, que é possível impugnar uma paternidade estabelecida por perfilhação, mesmo que tenham passado muitos anos de vida familiar, para se vir a estabelecer uma nova paternidade (supostamente conforme com a verdade biológica) e até, mais tarde, para se vir a constituir uma adoção.

A Lei n.º 143/2015 alterou o art. 1975.º CCiv, acrescentando o atual n.º 2. Este preceito admite expressamente que se constitua um “novo vínculo adotivo” quando se verificarem as situações descritas no art. 1978.º, n.º 1, a), c), d) e e): serão casos, *grosso modo*, em que os pais adotivos faleceram; abandonaram a criança; põem em perigo grave a criança; manifestam desinteresse que compromete a qualidade e a continuidade do vínculo.

Constituído um novo vínculo adotivo, a lei não permite que este coexista com a adoção anterior (art. 1975.º, n.º 1, e art. 6.º, n.º 2, da *Convenção Europeia...*); portanto, a primeira adoção cessa, deixa de produzir efeitos, à semelhança do que aconteceria com um vínculo de filiação biológica anterior.

Pode dizer-se que esta alteração do art. 1975.º, que apenas torna explícito o que já podia acontecer no direito anterior, mostra que o direito português se encontra mais próximo do que parece dos sistemas europeus que aceitam exceções à irrevogabilidade, embora não recorra à técnica da *revogação* (o que permite manter a regra da irrevogabilidade - art. 1989.º) mas sim à técnica da constituição de um *novo vínculo* com *cessação* do vínculo anterior.

Note-se que hoje, como no domínio da lei anterior, nada impede que se apliquem instrumentos de proteção duradouros que comprimem, *sem extinguir*, o vínculo adotivo: inibição das responsabilidades parentais (art. 1915.º, CCiv), tutela [art.

1921.º, n.º 1, c)], apadrinhamento civil (arts. 5.º e 7.º da Lei n.º 103/2009)<sup>48</sup>.

## 9. “Princípio da subsidiariedade”

Não é claro o alcance do princípio da *subsidiariedade*, na adoção internacional.

As leis anteriores não definiam o princípio da subsidiariedade; mas o RJPA fê-lo, na norma que prevê os “princípios orientadores” (art. 62.º). A expressão usada na alínea a) — “colocação familiar permanente” — pode sugerir que o princípio da subsidiariedade permite afastar a adoção internacional de crianças residentes em Portugal nos casos em que seja viável constituir uma adoção em Portugal *ou uma outra forma de colocação familiar permanente*, como um *apadrinhamento civil*. Esta sugestão é reforçada pelas explicações<sup>49</sup> dadas na época da celebração do acordo, 1993, onde se lê:

“Subsidiarity” in the Convention means that Contracting States recognize that a child should be raised by his or her birth family or extended family whenever possible. If that is not possible or practicable, other forms of permanent care in the State of origin should be considered; e também se apoia no *Guia de boas práticas*<sup>50</sup> onde se lê que

“other forms of permanent family care in the country of origin should be considered”, “efforts should be made (...) to ensure that a child has the opportunity to be adopted or cared for nationally”, “National adoption or other permanent family care is generally preferable”<sup>51</sup>.

Ao contrário, no sentido de que apenas uma

<sup>48</sup> O art. 360.º, § 2.º, do código civil francês permite a adoção restrita de uma criança já adotada plenamente, por “motivos graves”.

<sup>49</sup> [HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Outline](#).

<sup>50</sup> *The implementation and operation of the 1993 Hague intercountry adoption convention: guide to good practice n.º 1*, 2008.

<sup>51</sup> P. 29-30.

<sup>47</sup> F. TERRÉ / D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris : Dalloz, 2005, 853.

adoção nacional pode afastar uma adoção internacional, pode alegar-se que o art. 82.º pressupõe claramente que exista um “projeto adotivo em Portugal”. Note-se, também, que aquela interpretação lata contribuiria para confundir os institutos da adoção e do apadrinhamento civil, ao contrário das intenções firmes das leis vigentes (cfr. o art. 5.º, n.º 1, LApCiv); na verdade, relativamente a cada criança, os dois institutos não servem indistintamente — quando a adoção (nacional ou internacional) é conveniente, o apadrinhamento civil não é conveniente, e vice-versa. E, afinal, em cada caso estamos a falar de uma criança que consta da “lista nacional” porque lhe foi aplicada a medida de confiança com vista a uma adoção. Pode parecer estranho que, no momento de se ponderar a adoção internacional desta criança, seja possível decidir que é mais conveniente que ela seja apadrinhada civilmente em Portugal.

20 Antes de se dar uma resposta definitiva a esta questão, ainda se deve recordar que, num caso excepcional, a Lei do Apadrinhamento Civil permite que uma criança confiada em vista de uma adoção acabe por ser encaminhada para o apadrinhamento civil quando se perdem as esperanças de encontrar candidatos a adotantes que a recebam (art. 5.º, n.º 2, LApCiv). Isto é, pode “converter-se” a confiança em vista da adoção num encaminhamento para apadrinhamento civil, em casos excepcionais e no estrito e claro interesse da criança, apesar de se contrariar a desejável separação dos institutos. E deve perguntar-se se o caso que agora se discute poderá merecer um tratamento paralelo: uma confiança para adoção, que pode seguir a forma de adoção internacional, pode ser “convertida” num encaminhamento para apadrinhamento civil, se isto for claramente no interesse da criança? O art. 82.º, n.º 1, RJPA, ao subordinar a adoção internacional a

uma ponderação especial, ainda mais fina, do interesse da criança, permite responder que sim.

## 10. Adoção restrita; direito transitório

A adoção restrita foi eliminada pela lei n.º 143/2015, de 8 de setembro. Na verdade, tal como afirmou a “exposição de motivos” da proposta desta lei, o instituto apresentava uma expressão estatística muito reduzida (14 casos em 2013, *Pordata*) e podia ser substituído pelo apadrinhamento civil, introduzido pela lei n.º 103/2009, de 11 de setembro.

Apesar de ter revogado expressamente o capítulo III, do título IV, do código civil (“adoção restricta”), não se pronunciou sobre a subsistência dos vínculos de adoção restrita já constituídos. Assim, pode perguntar-se se o conservador do registo civil pode continuar a obstar à celebração de casamentos com base no impedimento impediente que estava previsto no art. 1604.º e); se as entidades competentes podem reconhecer os efeitos sucessórios previstos no art. 1999.º revogado; se o juiz pode atribuir ao adotado apelidos do adotante restrito, nos termos do art. 1995.º revogado; se o Ministério Público pode continuar a requerer que o adotante preste contas, como se dizia no art. 2002.º-A, também revogado; se pode continuar a converter-se a adoção plena em adoção restrita; se o estabelecimento superveniente da filiação natural do adotado prejudica os efeitos da adoção, na ausência do regime que estava previsto no art. 2001.º, etc.

Como afirma Batista Machado, seria de esperar que os casos deste tipo tivessem sido esclarecidos pelo legislador, como aconteceu em 1967, a propósito da extinção do quinhão e do compáscuo, em que os vínculos constituídos ficaram expressamente submetidos à legislação anterior (cfr. art.

1306.º, n.º 2). Na falta de previsão expressa, há que recorrer aos princípios gerais. Segundo este autor, é preciso distinguir se a lei pretendeu suprimir apenas o *modo* de constituição de certos vínculos, ou se, mais do que isto, lhe repugnam os seus *efeitos*. “Assim, p. ex. a LN que venha a suprimir a adoção, não extinguirá, por certo, as relações de adoção anteriormente constituídas, por isso que continua a admitir que outras SsJs, p. ex. as de filiação legítima ou ilegítima, produzam efeitos similares. No segundo caso, porém, as concepções da lei opõem-se à própria existência dos direitos e deveres que constituem o conteúdo típico duma certa SJ” [...], como aconteceria no caso exemplar da “lei que veio abolir a escravatura”<sup>52</sup>.

Aplicando este juízo, julgo que a lei n.º 143/2015 pretendeu que não se constituíssem vínculos novos de adoção restrita, mas não teve qualquer propósito de eliminar os vínculos anteriores e os seus efeitos. Na verdade, o *conteúdo* da relação de adoção restrita é manifestamente aceitável para o legislador: isto demonstra-se pela aceitação confessada de que os objetivos da adoção restrita podem ser prosseguidos através do apadrinhamento civil (cfr. “exposição de motivos” da proposta de lei n.º 340/XII) e que, portanto, podem continuar a produzir-se efeitos muito semelhantes, através de um meio diferente, ou seja, apenas o *meio* tradicional de produção destes efeitos (a adoção restrita) foi suprimido para futuro.

<sup>52</sup> *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 1968, 205-6.

Admitido isto, julgo que se pode afirmar que os vínculos anteriores de adoção restrita geraram um *estatuto* em que os adotantes e os adotados ficaram investidos — um conjunto de direitos e obrigações que estavam definidos pelo código civil e que a lei nova não eliminou. Sendo assim, penso que todos os efeitos jurídicos que o regime previa foram encaixados nos titulares e podem exercer-se tal como estavam previstos antes, fazendo as adaptações que forem necessárias, designadamente nos procedimentos de concretização.

Afinal, as afirmações precedentes estão conformes com a regra geral do art. 12.º, n.º 2, CCiv: a lei nova, a lei n.º 143/2015, não quis alterar o *conteúdo* típico da adoção restrita (que continua a aceitar aproximadamente, com base no apadrinhamento civil); apenas se refere ao *facto* que costumava dar-lhe origem, para o suprimir; e é por isso que só se aplica para futuro, ressaltando não só os factos constitutivos dos vínculos anteriores, mas também todo o seu conteúdo típico.

## Doutrina

# DO CONCURSO DE REGIMES APLICÁVEIS ÀS LIBERALIDADES COM RELEVÂNCIA SUCESSÓRIA — A HERANÇA *EX RE CERTA*: DEIXAS CATEGORIAIS DICOTÓMICAS QUE ESGOTAM A TOTALIDADE DA HERANÇA

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Palavras chave:** estrutura do Direito Sucessório português; qualificação dos sucessores; herança *ex re certa*; herança toda distribuída em legados; disposições de partilha pelo testador

**Keywords:** Portuguese Succession Law structure; types of successors; heir *ex re certa*; all the estate divided in legacies; partition determinations by the testator

**Resumo:** No vasto problema do concurso de regimes aplicáveis no Direito Sucessório, neste texto é estudada a admissibilidade da chamada herança *ex re certa*. De acordo com o Direito Sucessório português, os sucessores são herdeiros ou legatários; mas podem eles assumir ambas as qualidades simultaneamente? Poderá o testador determinar como se realizará a própria partilha, dizendo quais os bens que preencherão a quota de cada herdeiro? É suficiente dividir a herança em duas partes, que absorvem a sua totalidade, para concluir que o testador pretende instituir herdeiros e preencher suas quotas? A meu ver, a resposta é não. Cada tipo de sucessor tem um papel diferente no Direito Sucessório português.

**Abstract:** Given the vast problem of the duality of applicable rules in Succession Law, in this text I study the admissibility of the so called heir *ex re certa*. According to Portuguese Succession Law, the successors are heirs or legatees; but can they be simultaneously both? Can the testator determine how the partition of the estate will take place by saying which property each heir will receive pro quota? Is it enough to divide the estate in two parts, that absorb the total estate, to conclude that the testator is appointing heirs and filling their quotas? I think the answer is no. Each type of successor has a different role in Portuguese Succession Law.

## 1. Identificação do problema

O Direito Sucessório é conhecido pela sua enorme complexidade. Um dos pontos onde isso transparece é, precisamente, o concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória. Isto resulta daquilo a que podemos chamar as “perplexidades do Direito Sucessório”. Assim, *primo*, é herdeiro aquele que sucede na totalidade ou numa quota da herança e legatário aquele que sucede em bens ou valores determinados (artigos 2030.º, n.º 2, CC<sup>1\*</sup>); no entanto, aparentemente é possível ser-se herdeiro em “coisa certa” (herança *ex re certa*).

*Secundo*, a herança não é apenas calculada tendo em conta os bens deixados pelo *de cuius* no seu património no momento da sua morte (*relictum*), atendendo-se igualmente às liberalidades feitas em vida (*donatum*), se existirem sucessíveis legítimários, e deduzindo-se o passivo (artigo 2162.º). Por outro lado, tais liberalidades podem ser vistas como uma antecipação da própria herança, quando realizadas em benefício de descendentes, que sejam su-

<sup>1</sup> De agora em diante, sempre que fizer referência a um preceito sem indicação do diploma em causa, tal preceito reporta-se ao Código Civil português, a não ser que o contexto permita uma interpretação diferente.

cessíveis legitimários prioritários no momento em que a doação é feita (colação). *Tertio*, o sucessível legitimário tem o direito de suceder numa quota da herança, mas a sua posição pode ser preenchida com bens determinados que substituem essa quota (legado em substituição da legítima). *Quarto*, uma doação pode ser celebrada em vida, mas apenas produzir os seus efeitos no momento da morte, o que implica a produção imediata de efeitos (preliminares), tendo por isso uma natureza mista. *Quinto*, os netos nunca ocupam uma posição por “direito próprio” na sucessão do seu avô, representando necessariamente o seu ascendente nessa sucessão quando este não pode ou não quer aceitar a herança; no entanto, tal herança do mesmo avô pode ser atribuída antecipadamente quer aos seus filhos, quer aos netos (direito de representação).

Em todas as situações referidas, o problema é comum: qual o regime legal a que estão sujeitas as liberalidades em causa quando existem, pelo menos na aparência, diversos regimes aplicáveis? Assim, *primo*: será o herdeiro *ex re certa* herdeiro ou legatário? Qual de ambos os regimes lhe é aplicável? *Secundo*: até que ponto se estende a ficção de que as liberalidades realizadas em vida são parte da herança? Serão apenas liberalidades em vida, serão igualmente “bens da herança”, ou ambas as coisas? Deverão responder pelo passivo? Farão parte da herança ainda que o sucessível legitimário não concorra à mesma no momento da abertura da sucessão? Se constituírem uma antecipação da herança poderão, ainda assim, ser qualificadas como doações? *Tertio*: até que ponto aquele que recebe um legado em substituição da legítima conserva a sua qualidade de sucessor legitimário? *Quarto*: será a doação por morte fundamentalmente uma doação, um título de vocação sucessória, ou ambos? *Quinto*: os netos são chamados à herança em representação do seu ascen-

dente, por “direito próprio”, ou ambas as coisas?

Em suma, atendendo ao concurso de regimes, qual o regime aplicável nestas situações? Eis a questão. Atendendo à amplitude do problema, limitar-me-ei neste estudo a analisar o caso particular da denominada herança *ex re certa* no que se refere às deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança, deixando para um momento posterior a análise do legado por conta da quota.

## 2. O conceito de sucessor e o fundamento do regime distinto aplicável ao herdeiro e ao legatário

Tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira é amplamente debatido o conceito de sucessor e a justificação do regime legal distinto, aplicável ao herdeiro e ao legatário. Segundo uma conhecida tese de Bonfante<sup>2</sup>, a sucessão universal era a única sucessão verdadeira para os juristas clássicos. Nesta conceção, apenas o herdeiro seria um sucessor, ao contrário do legatário. Por isso, a expressão *successio in locum* traduzia o facto de o herdeiro ocupar a posição jurídica do autor da sucessão. Por outro lado, os romanos reportavam-se à aquisição da herança como uma unidade através da expressão *per universitatem adquirire*. Com Justiniano, o conceito de *universitas* teria adquirido maior importância, designando uma unidade orgânica, a saber, o património. Nesta última perspectiva, passou a ser qualificado como herdeiro todo aquele que sucede na totalidade ou numa quota da herança, por pequena que seja. Trata-se de uma posição que é hoje criticada pela doutrina, na medida em que *universitas* e *successio* representam duas faces da mesma moeda: por um

<sup>2</sup> Cfr. D. MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu. Unificação meramente conflitual ou unificação material?*, Coimbra: Almedina, 2005, 129-131; dissertação de mestrado onde tive oportunidade de analisar a questão.



lado a posição do *de cuius* é ocupada pelos seus sucessores, por outro, estes recebem os seus bens como uma unidade nesse momento<sup>3</sup>. De qualquer forma, a distinção fundamental feita no Direito Sucessório atual, nomeadamente português, entre herdeiros e legatários é partidária desta ideia de *successio* e de *universitas*. Enquanto alguns autores colocam a tónica no carácter pessoal da posição ocupada pelo herdeiro (*successio*), outros salientam a importância do facto de este adquirir uma quota (*universitas*).

No que se refere ao primeiro aspeto referido, recorde-se a conceção clássica de património, de acordo com a qual este seria uma emanção da personalidade. Esta ideia de uma ligação incindível entre a pessoa e o seu património implicaria logicamente que este se extinguiria no momento da morte daquela. Surgiu assim a ideia de continuação da pessoa do *de cuius* por parte dos seus herdeiros. Nesta perspetiva, a designação de sucessor universal seria apenas atribuída aos sucessíveis que continuavam a pessoa do *de cuius*, ou seja, àqueles que adquiriam a totalidade ou uma quota do seu património: os herdeiros. O legatário seria um mero adquirente de bens e, por isso, qualificado como sucessor particular. Trata-se de uma teoria, hoje, totalmente afastada<sup>4</sup>, bem como a ideia de continuação da pessoa do *de cuius*, dela decorrente<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Para além do meu texto, cfr. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Pa-norama de Derecho de Sucesiones, I — Fundamentos*, Madrid: Civitas, 1982, 151-153.

<sup>4</sup> Sobre a conceção clássica de património e respetiva crítica, cfr. MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*, 136-139. Como aí referi, “a conceção clássica de património esta hoje totalmente desacreditada, não podendo resistir às críticas que lhe foram feitas de diversos quadrantes. Entre nós, salienta-se a importância que teve PAULO CUNHA na crítica à conceção clássica de património através da sua monografia intitulada *Do Património*” (*op. cit.*, p. 137).

<sup>5</sup> Cfr. MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*, 139-144. Tal como então fiz, neste ponto basta recordar as palavras de José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 5.<sup>a</sup> ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 261: “não cremos que sejam necessárias mais que duas palavras para repudiar semelhante construção. Na

Na doutrina portuguesa, são paradigmáticas as posições de Galvão Telles — que entende que o conceito de universalidade de direito tem potencialidades explicativas no que se refere à distinção entre herdeiro e legatário — e de Oliveira Ascensão — autor que centra a sua análise na ideia de que apenas o herdeiro é sucessor do *de cuius*, sendo visto como um sucessor pessoal<sup>6</sup> —, tal como a síntese de Pamplona Corte-Real a que aderi na minha dissertação de mestrado. Recordo as conclusões a que então cheguei sobre a questão<sup>7</sup>:

“Em primeiro lugar, é importante salientar a influência da conceção clássica de património (conceção está já anteriormente por nós criticada e afastada) quer na construção de Galvão Telles, quer na construção de Oliveira Ascensão. Para Pamplona Corte-Real, Galvão Telles faz assentar a sua conceção na ideia de continuidade patrimonial, utilizando o conceito de universalidade de direito. Por outro lado, Oliveira Ascensão «buscou a via inversa, ou seja, sentindo a necessidade de justificar a atribuição de uma posição de continuador patrimonial também numa qualidade de índole pessoal, mas não podendo fazer uso da absurda ficção da continuidade da personalidade jurídica». Essa qualidade pessoal do her-

realidade, a personalidade do *de cuius* não continua porque se extingue com a morte — e é tudo”.

<sup>6</sup> É atendendo a este conteúdo pessoal que se pode afirmar que o herdeiro conserva a sua qualidade ainda que nada receba. Interpretamos neste sentido a posição de Vallet de Goytisoló ao salientar que, mesmo que não existam bens da herança, o que é difícil, por mais miserável que seja o *de cuius*, basta a potencial sucessão para a qualificação como herdeiro, seja ou não efetiva por falta de conteúdo material (*op. cit.*, p. 156). Na doutrina portuguesa, Oliveira Ascensão salienta que na “herança vazia, não há herança, mas há herdeiro. O sucessível que aceitou adquire uma qualidade, e essa qualidade pertence-lhe quer lhe traga a aquisição de situações jurídicas patrimoniais, quer não. Pode consequentemente exercer todas as prerrogativas que à qualidade de herdeiro estão associadas”. No entanto, tal como Vallet de Goytisoló, o ilustre civilista não deixa de salientar que “fora de casos como o do menor que não adquiriu nenhuns bens, a referência à herança vazia é normalmente falsa, pois significa apenas que não há situações patrimoniais judicialmente comprováveis. Ninguém, por mais miserável que seja, deixa de ter ao menos uma peça de roupa com que morre”. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 285 e 286.

<sup>7</sup> MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*, 180-183.

deiro foi ligada por Oliveira Ascensão principalmente à aquisição automática da posse pelo herdeiro. As teorias destes autores são, para Pamplona Corte-Real «teses de cunho formal, duas teses que parecem esconder as suas próprias dificuldades concretas face ao sistema legal».

Entende o mesmo autor que, apesar de haver preceitos legais que podem fundamentar o recurso ao conceito de universalidade de direito, este conceito deixa muitos aspectos por esclarecer, tais como a atribuição de direitos de natureza pessoal que se encontram ligados à personalidade do autor da sucessão, «o tal ângulo da concepção clássica de património que a tese de Galvão Telles como que teve de descurar...» A falta de tomada em consideração deste aspecto pessoal leva Pamplona Corte-Real a considerar que «parecem de facto consistentes as dúvidas sobre a concepção do herdeiro como continuador patrimonial do *de cuius*. Continuador de quê dir-se-á?»; Em segundo lugar, concluímos que a herança não é uma unidade ontológica, apesar de o herdeiro ser um sucessor a título universal;

Em terceiro lugar, concluímos que, apesar de o nosso legislador adoptar um critério de base formal e qualitativa para distinguir o herdeiro do legatário, ambos vistos como sucessores patrimoniais por morte, acaba por se mostrar contraditoriamente influenciado por uma visão romanista através da ligação do herdeiro a um regime específico por vezes demonstrando ligação pessoal com o *de cuius*;

Em quarto lugar, tendo em conta o ponto anterior, concluímos que fica sem resposta a questão de saber qual o fundamento para a distinção de regimes do herdeiro e do legatário, uma vez que a ligação pessoal do herdeiro ao *de cuius* pode não existir e, na realidade, a sua posição no plano patrimonial pode não ser significativa;

Em quinto lugar, concluímos que se deveria acabar com a distinção entre herdeiro e legatário e evoluir para uma estruturação do sistema sucessório em torno da técnica de transmissão dos bens, em detrimento da ideia de sucessor pessoal, tal como acontece no direito inglês. Esta conclusão é ditada pela ideia de que, ao contrário do que acontece nos primórdios do direito romano, em que a diferença entre herdeiro e legatário tinha uma razão de ser, na sociedade actual, esta distinção não se justifica, pois o sucessor não é um sucessor pessoal, mas sim um sucessor patrimonial”.

Apesar das críticas que a distinção entre herdeiro e legatário me suscita, como se retira das conclusões a que cheguei sobre a questão na sequência da posição de Pamplona Corte-Real<sup>8</sup>, não deixa de ser um facto que o sistema sucessório português se centra em torno dessa distinção (artigo 2030.º)<sup>9</sup>. No entanto, os critérios que lhe presidem parecem não ter qualquer potencialidade explicativa enquanto fundamento para a existência de regimes legais tão distintos<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> De acordo com este mestre, o problema resulta sobretudo do facto de o critério legal ter sido pensado para a sucessão legal, embora seja dificilmente transponível para a sucessão testamentária. Mas “nessa transposição de critérios, olvidou o legislador algo de muito relevante: é que os aspectos quantitativos e determinados do teor das deixas são bem mais expressivos da vontade do testador que noções abstractas de quota, que eventualmente podem ser até despiciendas de significado material. Razão alguma haverá para que quem suceda numa quota de um vigésimo de uma herança seja herdeiro e suporte, por isso, uma onerosidade funcional estabelecida por lei, enquanto quem receba dois imóveis dessa herança, determinadamente atribuídos e de muito maior valor material, seja legatário e surja como uma espécie de credor da herança” (Carlos Pamplona CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa: Quid Juris, 2012, 142). Tendo em conta este ponto de vista, João Gomes da SILVA (*Herança e sucessão por morte. A sujeição do património do de cuius a um regime unitário no Livro V do Código Civil*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2002, 190) defende que “significa isto que talvez seja tempo de repensar o critério do *património ou quota*, exclusivamente pensado para a sucessão legal, e de o substituir por outro, que se adapte a ambas as possíveis modalidades de vocação. O decisivo deve ser — existe hoje um certo consenso na doutrina alemã sobre este ponto — o saber em que medida o autor da sucessão quis fazer participar o chamado no *destino do património*. Se o quis fazer participar das principais características que normalmente tem um herdeiro, participar na administração e na liquidação da herança, fazê-lo responder por dívidas, ou cumprir os legados, deve ser tido por herdeiro”. Trata-se de uma posição de que me afastei anteriormente (MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*, 183, nota 717), mas que teria a vantagem de representar uma solução de continuidade com a nossa tradição jurídica. Traria, no entanto, uma clara insegurança jurídica na realização da distinção entre herdeiro e legatário. Por isso, como resulta das conclusões transcritas no texto, aderi à tese no sentido da abolição da distinção entre herdeiro e legatário, propugnada por Pamplona Corte-Real.

<sup>9</sup> Embora o preceito se reporte expressamente à sucessão testamentária, deve considerar-se igualmente aplicável à sucessão contratual, nos casos previstos no artigo 1700.º e seguintes. Neste sentido, cfr. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renov., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 58, nota 100.

<sup>10</sup> A este propósito, Jorge Duarte PINHEIRO (*O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2011, 65) salienta que está em causa um regime distinto, mas apenas tendencialmente, na medida em que os

### 3. A herança *ex re certa*: sentido e limites. Qualificação das deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança

Para além de a própria distinção entre herdeiro e legatário ser criticável, a partir do momento em que tais critérios legais de qualificação podem, aparentemente, ser cruzados, toda a sua coerência cai por terra. É nesta encruzilhada que surge o instituto da herança *ex re certa*. Para analisar o problema de saber qual o regime aplicável à herança *ex re certa*, torna-se necessário um trabalho prévio de delimitação dos contornos da figura, excluindo dela disposições que apenas na aparência podem ser qualificadas como heranças. A meu ver tal é o caso das deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança.

#### 3.1. Análise da questão no direito português

No direito romano, a *heredis institutio ex re certa* ocorre quanto o testador nomeia o herdeiro num determinado bem ou complexo de bens, que não constitui uma fração da herança. No entanto, esta figura implica uma contradição, de acordo com as regras do *ius civile*, na medida em que aquele que subentra no complexo das relações jurídicas do testador não pode ver a sua posição limitada a um bem. A consequência seria a da nulidade da disposição; no entanto, invocando o *favor testamenti*, Sabino admite a validade destas disposições, sem atender à limitação a um bem determinado<sup>11</sup>.

estatutos de herdeiro e de legatário não são rígidos, mas maleáveis, tendo em conta que as normas em causa comportam diversas exceções ou têm um carácter supletivo. Trata-se, por isso, de estatutos-tipo. A meu ver, trata-se de mais um aspeto que permite questionar a pertinência da distinção entre herdeiro e legatário.

<sup>11</sup> D. 28, 5, 1, 4. Sobre a questão, cfr. A. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano, V — Direito das Sucessões e Doações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 186-188.

Atualmente, se o testador institui um herdeiro, limitando a sua atribuição a determinados bens, o sucessor será qualificado como legatário. Por isso, na conceção moderna, o *heres ex re certa* (no sentido romano do termo) é unicamente instituído em bens determinados, embora se retire da intenção do testador, resultante da interpretação do testamento, que a sua vontade não é limitar a atribuição aos bens indicados, mas relacioná-los com a totalidade do património. Neste caso, embora não seja expressamente atribuída uma quota por parte do testador, essa será a sua intenção. Trata-se, em particular, da situação das deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança<sup>12</sup>. Por exemplo, o testador deixa os bens presentes a A e os bens futuros<sup>13</sup> a B, ou os bens móveis a A e os imóveis a B, etc.. Nestes casos, para uma parte da doutrina, o enriquecimento do conceito de quota permitirá ainda identificar um herdeiro, tendo em conta, nomeadamente que as deixas em causa poderiam ser vistas como deixas do remanescente uma em relação à outra<sup>14</sup>. Outros sustentam que neste caso a unidade patrimonial da herança é destruída, sendo desfeito o *universum ius*, pelo que es-

<sup>12</sup> Gomes da SILVA, *Herança e sucessão por morte*, 184.

<sup>13</sup> É de notar ainda a posição de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 280-282, no sentido de que a deixa de bens presentes, ao contrário da deixa de bens futuros, traduziria sempre uma intenção limitativa, pelo que estaria sempre em causa um legado, atendendo à ausência de variabilidade do conteúdo da deixa entre o momento da realização do testamento e o momento da abertura da sucessão. No entanto, a variabilidade do conteúdo da deixa não é o critério de distinção entre herdeiro e legatário acolhido no artigo 2030.º Cfr. Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 63-64, nota 67.

<sup>14</sup> “Neste tipo de deixas categoriais parece sustentável que ainda se depare com a existência de quotas, qualitativamente recortadas por referência a uma categoria abstracta de bens, se e porque as deixas esgotam a herança e implicam a sua perspetivação em função do todo”, Pamplona CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, 122-123. Posição em que é acompanhado por Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 63.

taremos perante legados<sup>15</sup>.

Embora a última posição referida, defendida por Galvão Telles, deva ser lida tendo em conta a importância que o autor atribui ao conceito de universalidade na fundamentação da distinção entre herdeiro e legatário, a meu ver, não deixa de ser um facto que as deixas categoriais que esgotam dicotomicamente a totalidade da herança devem ser vistas como legados e não como heranças. Desde logo, a questão a colocar seria a seguinte: porque não qualificar então como herança a deixa tripartida da mesma, por referência a categorias de bens<sup>16</sup>? Os bens imóveis seriam atribuídos a A, metade dos bens móveis a B, e a outra metade a C, por exemplo. O enriquecimento do conceito de quota poder-nos-ia levar longe, tendo em conta que qualquer divisão de bens determinados realizada num ato *mortis causa* pode ser vista por referência à totalidade do património. No entanto, o que está em causa é o facto de o autor da sucessão não realizar a disposição contrapondo-a *expressamente* à totalidade do património, caso em que, na ausência de quota, não se pode criar ficticiamente uma. Trata-se, no fundo, de aferir da relevância da vontade do autor da sucessão na distinção entre herdeiro e legatário na nossa ordem jurídica.

No mesmo sentido, J. Gomes da Silva<sup>17</sup> afirma que o entendimento moderno do *heres ex re certa* é, “de um ponto de vista lógico, bem problemático”. Primeiro, tendo em conta a noção de quota, que surge como uma parte abstrata, determinada em função do todo, não se reportando, pelo contrário, a uma parte qualquer dos bens; de outro modo, qualquer bem concreto seria uma quota. Assim, não se pode afirmar que existe um conceito, mais ou menos rigoroso de quota, ou mais ou menos rico: ou está em causa uma quota, ou não está, e no caso da herança *ex re* no sentido referido, não está. Por outro lado, a totalidade a que a quota se reporta é o património do autor da sucessão, com ativo e passivo. Ser herdeiro numa quota significa, por isso, participar nesse todo abstrato que engloba ambas as coisas. Tendo isto em conta, conclui o mesmo autor que é um “salto demasiado grande” afirmar que, em certos casos, a quota se limita ao ativo (categoria de bens indicada no testamento) a que se vem adicionar o passivo. Por isso, acrescenta, se o testador institui um herdeiro em metade do seu património, excluindo qualquer responsabilidade por dívidas, tal beneficiário será um legatário<sup>18</sup> \_<sup>19</sup>. Embora se possa indagar da justificação

28

<sup>15</sup> Cfr. Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6.ª ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 200-203.

<sup>16</sup> Neste sentido, Capelo de SOUSA (*Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 68, texto e nota 128) salienta que, neste caso, existe sempre um problema de interpretação da vontade negocial para saber se a intenção do testador (na sucessão testamentária) ou das partes (na sucessão contratual) foi a de instituir sucessíveis em quotas de herança ou apenas em certas categorias de bens determinados com exclusão de outros bens. Isto verifica-se, aponta o mesmo autor, sempre que o *de cuius* tenha disposto do património hereditário, não deixando margem para outras vocações, ou seja, nas deixas em que os bens são divididos em duas *ou mais* categorias em termos de abranger todo o património. Trata-se de uma posição que, de uma forma coerente, aparentemente admite que qualquer distribuição da totalidade do património em bens determinados tanto se pode traduzir na nomeação de legatários, quanto na instituição de herdeiros

<sup>17</sup> Gomes da SILVA, *Herança e sucessão por morte*, 187-188.

<sup>18</sup> Assim, ainda que o legatário possa ser onerado com o encargo de pagamento do passivo da herança, nas relações externas são sempre os herdeiros que respondem pelo passivo, tendo embora, neste caso, direito de regresso contra o legatário. É a tese de Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 233-234; seguida por Pamplona CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, 146-147; e por Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 66-67. Em sentido contrário, cfr. Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 498. Ou seja, seguindo a primeira de ambas as posições, o legatário pode ser onerado com o encargo de pagamento das dívidas da herança, mas o herdeiro não pode ser “desonerado” de tal pagamento. No direito suíço, Aouchka HUBERT-FROIDEVAUX (*L'attribution d'un bien à cause de mort, en particulier à une valeur déterminée*, Genève/Bâle/Zurich: Schulthess, 2009, 35, nota 35) dá-nos conta que o Tribunal Federal bem com alguma doutrina, admitem mesmo que o legado pode ter por objeto uma parte ou a totalidade do *ativo* da herança.

<sup>19</sup> Numa perspetiva não muito diferente, HUBERT-FROIDEVAUX (*L'attribution d'un bien à cause de mort*, 61-64) reporta-se a alguns autores

mais profunda da tese criticada. Numa perspetiva estritamente lógica, estas conclusões parecem-me irrefutáveis, aceitando que o sistema sucessório português consagra um critério estritamente objetivo para a distinção entre herdeiro e legatário, e podendo apenas o testador optar pela atribuição expressa de uma quota ou de bens determinados. No entanto, como veremos de seguida, nem toda a doutrina faz esta leitura objetivista do artigo 2030.º.

Numa leitura mista do artigo 2030.º, em que relevam igualmente elementos de ordem subjetivista na distinção entre herdeiro e legatário, alguns autores centram a sua análise na interpretação do artigo 2030.º, n.º 5<sup>20</sup>. Nesta perspetiva, “a contravenção do disposto no artigo 2030.º”, pelo testador verifica-se se este nomear como legatário o sucessor a quem deixa a totalidade ou uma quota da herança, e herdeiro aquele a quem beneficia com bens determinados. No entanto, na medida em que o testador pode deixar os seus bens, escolhendo livremente os destinatários dos mesmos e o modo de os designar, a questão de saber se o testador visa atribuir um bem determinado ou uma quota é uma questão de interpretação negocial. Assim, trata-se

na doutrina suíça que admitem que a atribuição de um bem determinado a um sucessor se possa traduzir numa instituição de herdeiro. Entre os critérios apontados para chegar a essa conclusão, os autores apontam o valor do bem em relação à totalidade do património e o número de disposições realizadas pelo disponente. Para esta autora, estes critérios apresentam problemas insuperáveis: a) a atribuição de um bem determinado não incide sobre o passivo da herança, na falta de manifestação de vontade do disponente nesse sentido; b) a doutrina não indica qual percentagem limite que o bem deve representar em relação à totalidade da herança para que a atribuição possa ser qualificada como uma instituição de herdeiro; c) o facto de o disponente dispor sobre a totalidade do seu património não passa de um pseudo-critério, pois implica uma análise das disposições no seu conjunto, para se poder concluir que este pretendia instituir herdeiros. No entanto, cada uma das disposições tidas individualmente não permitem esta conclusão, pois reportam-se apenas a bens determinados.

<sup>20</sup> Posição seguida entre nós por Luís Carvalho FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed. rev. e atual., Lisboa: Quid Juris, 2012, 101-103; na sequência da posição defendida por Francisco M. Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, lições policop., 80-86.

de saber se o testador quis fazer certa disposição patrimonial a título de herança ou legado. As seguintes palavras de Carvalho Fernandes resumem a tese em causa:

“Em suma, o artigo.º 2030.º, n.º 5, significa — e é com este conteúdo que a norma nele contida tem carácter imperativo — que o autor da sucessão não pode qualificar como seu herdeiro um sucessor a quem atribua uma quota. Questão diversa — de interpretação negocial — é a de saber se a intenção do testador foi a de dispor ou não de uma quota dos seus bens e, conseqüentemente, de instituir ou não um herdeiro. Esta quota não tem, por assim dizer, que estar prefixada no testamento, podendo apurar-se, por via interpretativa, em função do valor dos bens atribuídos em relação ao conjunto da herança”<sup>21</sup>.

Trata-se de um caminho interessante, mas que, a meu ver, salvo o devido respeito, subverte o regime legal do artigo 2030.º ao permitir que, por via interpretativa, — ou seja, procurando a vontade do autor da sucessão — se conclua que é herdeiro aquele a quem objetivamente são atribuídos bens determinados. Nesta posição, cai-se na maior insegurança jurídica, na medida em que se substitui o critério objetivo resultante da nossa lei (com todas as críticas que se lhe podem fazer), por outro, centrado subjetivamente na vontade do autor da sucessão. Assim, não me parece que a quota possa ser apurada por via interpretativa *a posteriori* se a disposição patrimonial no testamento tiver por objeto bens determinados, o que significa que o problema da herança *ex re certa* não pode ser analisado de forma casuística.

Atendendo aos trabalhos preparatórios do Código Civil, de acordo com a formulação do artigo 5.º, § 4.º, do Anteprojeto Galvão Telles, “A sucessão na universalidade ou numa quota é sempre herança, ainda que dela tenham sido excluídos bens

<sup>21</sup> Carvalho FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 103.

determinados, e a sucessão neste é sempre legado, não importando que, num caso ou noutro, o testador haja manifestado intenção diversa ou usado denominações diferentes”<sup>22</sup>. Esta formulação foi criticada no seio da Comissão Revisora tendo em conta que: a) a intenção do testador também deveria ter alguma relevância na distinção entre herdeiro e legatário, tal como ocorre no direito alemão e italiano (Vaz Serra); b) porque a ausência dessa relevância contraria o princípio de que no Direito das Sucessões domina a vontade do autor da sucessão (Manuel de Andrade); c) e porque a expressão “o testador haja manifestado intenção diversa...” poderia dar origem a dúvidas, sendo melhor remeter a matéria para os preceitos sobre interpretação dos testamentos (Pires de Lima)<sup>23</sup>. Galvão Telles rebateu, salientando que a atribuição ao julgador da possibilidade de atender neste âmbito à intenção do testador, qualificando a disposição patrimonial como deixa a título de herança, mesmo que o testador tivesse especificado os bens (por pretender apenas preencher o quinhão hereditário), deveria ceder perante a necessidade de obter soluções “definidas e seguras”. “Se se adoptasse o sistema contrário, sempre que um indivíduo instituído em bens determinados tivesse interesse em ser considerado herdeiro, levantaria a questão, procurando demonstrar que, no espírito do testador, aqueles bens funcionavam como concretização de uma pura quota abstracta”<sup>24</sup>.

A proposta de eliminação das palavras, “não importando quem num caso ou no outro, o testador haja manifestado intenção diversa”, foi aprovada na versão final do preceito que corresponde ao

<sup>22</sup> *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões do futuro Código Civil português*, sep. BMJ, 133 (1964) 53.

<sup>23</sup> *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 63-64.

<sup>24</sup> *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões*, 67-68.

artigo 2030.º, n.º 5. Trata-se, no entanto, de saber se isto significa, como entende Pereira Coelho<sup>25</sup>, que nada consta do Código Civil sobre a relevância da intenção do testador neste âmbito, tendo a questão ficado em aberto. Visto que os trabalhos preparatórios não nos podem auxiliar nesta matéria, tem de se aferir se, tendo em conta a letra e o espírito do artigo 2030.º, aqueles que recebem *unicamente* deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança podem ser qualificados como herdeiros.

Veja-se, igualmente a posição de Araújo Dias<sup>26</sup>, para quem as deixas categoriais referidas podem ser qualificadas como instituições de herdeiros, na medida em que a alteração realizada no Anteprojecto de Galvão Telles, no que se refere à relevância da intenção, significa que a nossa lei admite a instituição de herdeiro *ex re certa*. Para esta autora, nas deixas categoriais dicotómicas, de facto fará mais sentido que, perante um repúdio de um dos instituídos, haja direito de acrescer em relação ao outro, o que não aconteceria se as disposições fossem qualificadas como nomeações de legatários. No entanto, a qualificação como heranças destas deixas não poderá ser aceite sem reservas. “Cabe, por isso, aferir no caso concreto essa vontade real do testador, isto é, saber se a vontade do testador era a de que determinada pessoa sucedesse em bens certos e determinados, com exclusão dos restantes (B e C ao receberem os bens móveis e os imóveis só receberiam esses bens, não sendo intenção de A excluir os herdeiros legítimos, que, não recebendo nada, podem virtualmente vir ainda a receber), situação em que estamos perante um legado, ou se a intenção do testador era a de atribuir a essa pessoa uma quota-parte dos seus bens, compondo essa quota com

<sup>25</sup> Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, 81.

<sup>26</sup> CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 55 a 57.

bens certos e determinados, situação em que estaremos perante a instituição de um herdeiro”.

A meu ver, a resposta à questão que foi colocada é negativa, ou seja, as deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança não podem ser qualificadas como instituições de herdeiros. Isto, porque resulta claramente do referido n.º 5 do artigo 2030.º que a qualificação dada pelo testador aos seus sucessores não pode contrariar aquilo que resulta dos números anteriores, ou seja, não pode ser qualificado como herdeiro aquele que sucede em bens determinados, nem como legatário aquele que sucede na totalidade ou numa quota da herança. Assim, aquele que sucede apenas em todos os bens móveis por contraposição aos bens imóveis atribuídos a outro sucessível, nunca poderá ser qualificado como herdeiro, pois isso contrariaria o artigo 2030.º, n.º 2. *Nesta perspectiva parece-me legítimo concluir que a opção no sentido da segurança jurídica, defendida por Galvão Telles, permanece na letra e no espírito do artigo 2030.º.* A meu ver, embora a relevância ou irrelevância da intenção do testador, na distinção entre herdeiro e legatário, não conste aparentemente da letra do preceito, resulta desse elemento da interpretação a irrelevância de uma qualificação “em contravenção do disposto nos números anteriores”. Ora, se tal qualificação não pode resultar diretamente da vontade do testador — qualificando este expressamente como herdeiro aquele a quem se atribuem apenas bens determinados —, não vejo como poderia resultar indiretamente dessa mesma vontade — concluindo-se através da sua interpretação, no sentido da existência de uma intenção de atribuir bens determinados enquanto quota, o que levaria a designar como herdeiro aquele que é unicamente contemplado com bens determinados. Ou, dito de outra forma, quem não pode qualificar como

herdeiro aquele que recebe *apenas* bens determinados, também não pode pretender atribuir tais bens determinados enquanto quota, com a consequente qualificação do sucessor como herdeiro. Desta forma, a vontade do testador na qualificação dos seus sucessores encontra um limite no critério objetivo resultante do artigo 2030.º, n.º 2<sup>27</sup>. *Trata-se de uma matéria em que não domina totalmente a vontade do autor da sucessão no âmbito do fenómeno sucessório.* Outra solução, ao fazer depender a qualificação da deixa da intenção do testador de atribuir uma quota, resultará precisamente na insegurança jurídica que se pretende evitar. Esta insegurança é particularmente clara na última posição referida, que remete, quanto à qualificação estas deixas, para a vontade do autor da sucessão. Aí, a fragilidade da separação entre a qualificação das deixas e os factos em que assenta tal qualificação é bastante notória.

Ainda sobre o mesmo ponto, embora concorde com Pereira Coelho<sup>28</sup> quando este ilustre civilista afirma que a vontade de atribuir os bens como quota da herança deve resultar do testamento, também não posso concordar que basta que o testador divida a totalidade dos seus bens em duas categoriais para daí se concluir pela sua qualificação como herdeiros. Como refere o mesmo autor, a sua qualificação como legatários “é a que o critério legal sugere com mais insistência”. Assim, ainda

<sup>27</sup> Como veremos na continuação deste estudo, questão diferente é a de saber se tal intenção releva no designado legado por conta da quota (em geral), na medida em que (supostamente...) o sucessível é diretamente contemplado, não só com uma quota, mas com bens determinados que a preenchem. Neste caso, para a nossa doutrina resulta da interpretação da vontade do testador que este pretende atribuir a quota, visando os bens determinados apenas o seu preenchimento. Terei oportunidade de discutir se o testador pode, desta forma, cruzar os critérios previstos no artigo 2030.º, sendo, a meu ver, a resposta negativa. Neste ponto, fica a conclusão de que a instituição de herdeiro através da atribuição *unicamente* de bens determinados não pode nunca revelar como atribuição de uma quota.

<sup>28</sup> Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, 85, nota 1, e p. 86.

que um dos contemplados não possa ou não queira aceitar a herança, a sua parte não acrescerá ao outro, abrindo-se então a sucessão legítima. Se esta será a solução quando a herança é toda dividida em legados (artigo 2277.º), não se vê porque há de ser diferente quando a divisão em causa é dicotómica.

Em suma, embora possa concordar com que uma coisa é a qualificação jurídica como herdeiro ou legatário perante um conjunto de factos (artigo 2030.º, n.º 5), e outra é a identificação dos factos que sustentam tal qualificação — que resultam de uma correta interpretação da vontade do testador —, admitir a qualificação como herdeiro daquele que *apenas* recebe bens determinados é contrariar a própria qualificação resultante do artigo 2030.º, n.º 2, confundindo ambos os planos referidos, em violação clara do disposto no n.º 5 do preceito. Aqui já não se trata de um problema de interpretação da vontade do autor da sucessão, mas de uma verdadeira alteração do critério legal de distinção entre herdeiro e legatário. Não significa isto que a conclusão de que o testador pretende instituir um herdeiro não possa resultar da interpretação do testamento com recurso a prova complementar, como é admitido pelo artigo 2187.º, n.º 2<sup>29</sup>. Retirar da mera atribuição da totalidade dos bens

divididos em duas categorias a vontade de instituição de herdeiros, *sem qualquer elemento adicional*, é abrir uma brecha demasiado grande, o que leva ao colapso de todo o edifício<sup>30-31</sup>.

## 3.2 Procura de subsídios para o problema da herança *ex re certa* no direito italiano

### 3.2.1 Discussão doutrinal na vigência do Código Civil italiano de 1865

Como se sabe, o Código Civil português no âmbito do Direito das Sucessões conheceu uma marcada influência do Código Civil italiano de 1942. Por isso, afigura-se útil procurar elementos adicionais para a discussão relativa à herança *ex re certa* nesse ordenamento jurídico. Antes da consagração legal expressa da herança *ex re certa* no artigo 588.º, n.º 2, do Código Civil italiano de 1942, foi bastante discutido na doutrina e na jurisprudência

<sup>30</sup> Em sentido contrário veja-se igualmente a posição de N. Gomes da Silva, que conclui, tal como Pereira Coelho, que se nada se apurar quanto à vontade do *de cuius*, se deve concluir pela qualificação das deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança como heranças. A meu ver, neste caso, cai-se no risco apontado pelo mesmo autor: “Há, todavia, a ter presente que não é suficiente a possibilidade de recondução da deixa de bens determinados a uma quota do património do *de cuius*, para que se possa dizer que há herança. Com efeito, uma vez que qualquer bem, de maior ou menor valor, pode ser sempre considerado uma quota maior ou menor do património do *de cuius*, desapareceria a distinção entre legado e herança: a deixa de um bem determinado (legado) seria, substancialmente, e por avaliação *a posteriori*, a deixa de uma quota (herança). Mas não é assim”. N. GOMES DA SILVA, *Direito das Sucessões*, Lisboa, 1978, lições policop., 100-105, em particular, 102-103 e 105.

<sup>31</sup> Assim, no nosso sistema sucessório não pode existir um herdeiro em bens determinados, tal como um legatário não pode ser instituído numa quota da herança. Pelo contrário, no direito francês a distinção entre herdeiro e legatário corresponde à distinção entre sucessão legal e sucessão testamentária, o que resulta da prevalência da influência germânica no sistema sucessório francês, segundo a qual “Deus solus heredem facere potest”. Isto significa que todos os sucessores testamentários são legatários, pelo que tais legatários podem ser sucessores a título universal ou a título singular. Cfr. MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu*, 52-56.

<sup>29</sup> Cfr. Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 60. É exatamente neste sentido a conclusão de Galvão Telles, na medida em que na distinção entre herdeiro e legatário está em causa uma qualificação jurídica que compete à lei fazer. Para este autor, o testador pode fazer herdeiro aquele a quem deixa bens determinados, mas para tanto tem de lhe atribuir uma quota do seu património. A quota pode ser concretizada *a posteriori*, mas a vontade de atribuição de uma quota tem de ter correspondência no contexto do testamento, se resultar de prova complementar. Assim, “o que deve ter-se como certo é que a *deixa de bens determinados valerá apenas como legado, e não como legado por conta de quota, se não se provar a existência de uma vontade nesse sentido ou se essa vontade não puder de algum modo considerar-se refletida no testamento* pois assim o impõe a citada regra” (artigo 2030.º). Nesta perspetiva, a eliminação da fórmula do Anteprojeto relativa à irrelevância da intenção do legislador resulta da sua desnecessidade em face da ideia de que “as qualificações jurídicas são da alçada da lei e dos particulares” (Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 214-221, em particular, 219-220).



o problema da admissibilidade da herança *ex re certa* na ordem jurídica em causa. Na doutrina, a posição de Cicu<sup>32</sup> — marcadamente subjetivista — quanto à instituição de herdeiro demarcava-se claramente da posição de Gangi — marcadamente objetivista.

Para Cicu<sup>33</sup>, era criticável a doutrina que via no critério do artigo 760.<sup>34</sup> apenas um critério formal centrado na ideia romana de *universitas*. Pelo contrário, o conceito de herdeiro do direito italiano na vigência do Código Civil de 1865 seria diferente daquele que resultava do direito romano, na medida em que este teria deixado de ser investido num título pessoal; assim, o intérprete não estaria vinculado por conceções históricas, ainda que estas tivessem influenciado o legislador. Pelo contrário, a vontade do testador teria um peso decisivo na instituição de herdeiro, que não deveria ser posta em causa pelo simples facto de o testador acompanhar tal vontade com a indicação de bens determinados. Por isso mesmo, para Cicu<sup>35</sup>, a atribuição de um legado a um herdeiro tanto poderia ser feita por conta da quota como ser algo atribuído para além dessa mesma quota. De outro modo, não seria compreensível que o testador pudesse realizar um pré-legado em benefício de um herdeiro e não lhe pudesse conferir uma vantagem através da atribuição de um bem por conta da quota e sem que esta fosse alterada enquanto tal.

Tendo em conta o que ficou referido, na deixa de todos os bens imóveis a um sucessível e todos os bens móveis a outro, para Cicu<sup>36</sup> verificava-se que, na realidade, o testador dispunha da totalidade dos seus bens, indicando os bens determinados que seriam atribuídos a cada um dos seus sucessíveis, o que significa que a disposição, considerada no seu complexo, conteria uma instituição de herdeiro. Assim, questionava Cicu, qual o sentido neste caso de concluir que nenhum dos instituídos seria herdeiro, tendo-se então de chamar os sucessíveis legítimos apenas para responder pelo passivo? Trata-se da conclusão imposta pela negação da instituição de herdeiro no caso em análise. Em coerência com esta visão, Cicu entendia que a universalidade dos bens se reconduzia ao somatório de todos os bens singulares na sua indeterminação, o que significava que a quota não seria senão a consequência da atribuição da totalidade dos bens a diversas pessoas, podendo compreender igualmente os bens de que o testador não dispôs. Nesta perspetiva, o testador não poderia pretender que se prescindisse de uma qualquer determinação da quota, podendo, pelo contrário, querer, expressa ou tacitamente, que a quota fosse fixada *a posteriori* em sede de avaliação dos bens atribuídos respetivamente a cada um dos sucessíveis<sup>37</sup>. A meu ver a pedra de toque da posição de Cicu<sup>38</sup> resulta da seguinte questão colocada pelo autor:

“Se o testador pode eficazmente pretender que um bem individual seja incluído na quota de um dos herdeiros, porque não poderia fazê-lo para todos os bens individuais, compondo deste modo as quotas?”

<sup>32</sup> Antonio Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, in *Scritti Minori, Vol. II — Successioni e donazioni: studi vari*, Milano: Giuffrè, 1965, 3 s.

<sup>33</sup> Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, 4-6, e 9.

<sup>34</sup> De acordo com este preceito, “as disposições testamentárias que compreendam a universalidade ou uma quota dos bens do testador são a título universal e atribuem a qualidade de herdeiro. As outras disposições são a título particular e atribuem a qualidade de legatário”. Sempre que forem transcritos preceitos dos Códigos Civis italianos de 1865 e 1942, será utilizada uma tradução feita pelo autor deste estudo.

<sup>35</sup> Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, 9-10.

<sup>36</sup> Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, 10-11.

<sup>37</sup> Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, 14.

<sup>38</sup> Cicu, “La nozione di erede nel diritto italiano vigente”, 11.

Pelo contrário na doutrina italiana, ainda à luz do Código Civil de 1865, Gangi<sup>39</sup> defendia que a qualificação da disposição patrimonial como herança ou legado não dependeria unicamente da vontade do testador, devendo atender-se fundamentalmente ao conteúdo da disposição patrimonial. Nesta perspectiva, a vontade do testador não permitiria qualificar como herança uma atribuição de bens ou determinadas categorias de bens, atendendo ao critério presente no artigo 760.º. Assim, para este autor, a herança *ex re certa* não seria admitida no direito italiano. Tratava-se, no entanto, como o próprio autor reconhecia, de uma posição que não era pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência<sup>40</sup>.

Ainda na mesma linha de pensamento, Gangi<sup>41</sup> criticava a posição de Cicu, para quem a quota seria meramente uma consequência da pluralidade de chamados ao todo, sendo indiferente que o testador tivesse previamente recorrido a uma fração. Pelo contrário, salientava o mesmo autor<sup>42</sup>, à luz do direito italiano de 1865, seria necessária a atribuição expressa ou tácita da universalidade ou de uma quota do património (artigo 760.º). Assim, o conceito de sucessão não poderia ser diverso na sucessão testada e na sucessão *ab intestato*. Em ambas o herdeiro sucederia numa universalidade ou numa quota desta universalidade e, por outro lado, em ambos os tipos de sucessão, os herdeiros poderiam responder *ultra*

*vires hereditatis* quando não tivessem aceite a benefício de inventário<sup>43</sup>.

Segundo Gangi<sup>44</sup>, a posição de Cicu na matéria em causa baseava-se no facto de este pretender eliminar o conceito de *universitas iuris*, seguindo nesta matéria a crítica que Bonfante teceu a esse conceito; na realidade, no entanto, o próprio Bonfante teria admitido a relevância do conceito de *universitas* no direito romano justiniano. À afirmação de Cicu, de que as conceções teóricas que tivessem eventualmente influenciado o legislador não vinculariam o intérprete, opunha Gangi<sup>45</sup> que o conceito de quota como parte *universitas iuris* não se baseava numa conceção teórica, não vinculativa para o intérprete, mas resultava da conceção jurídica positiva de herança, acolhida no direito italiano. Assim, para que o sucessor fosse qualificado como um herdeiro não seria necessário que recebesse a totalidade dos bens do autor da sucessão, bastando que pudesse vir eventualmente a suceder nessa totalidade. Tendo a mesma ideia como “pano de fundo”, também não poderia ser qualificado como herdeiro aquele que sucedesse na totalidade do património depurado do passivo, ou aquele que sucedesse apenas no remanescente *do ativo* do património. Cicu sustentaria a posição contrária, à luz da irrelevância do conceito de *universitas iuris*.

Na posição assumida por Gangi<sup>46</sup>, “quota” seria uma parte ideal e abstrata da universalidade do património; mais precisamente uma fração aritmética do mesmo. Por isso, para Gangi, “quota” não poderia ser vista como uma parte ideal do património

<sup>39</sup> Calogero GANGI, “Istituzione di erede e legato”, *RDC*, 20 (1929) 1 s., em particular 2-3.

<sup>40</sup> Assim, de acordo com uma decisão do Tribunal de Roma, de 9 de Novembro de 1922, citada pelo autor, a atribuição de uma quota dos bens poderia resultar de uma forma implícita do testamento. No entanto, para Gangi, tal solução levaria à consequência absurda de que qualquer atribuição de um bem determinado se traduziria na instituição de um herdeiro, pois qualquer bem determinado constitui sempre uma porção do património. Por isso, para este autor, tudo se reconduziria, não à qualificação utilizada pelo testador, mas à natureza intrínseca da disposição. GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 5-6.

<sup>41</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 13.

<sup>42</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 18-19.

<sup>43</sup> Como referimos, invocando a lição de Pamplona Corte-Real, muitos dos problemas que se levantam neste âmbito resultam de uma transposição dos critérios legais de distinção entre herdeiro e legatário para o âmbito muito mais rico da sucessão voluntária.

<sup>44</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 22-23.

<sup>45</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 23-24.

<sup>46</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 27.

resultante de uma divisão operada pelo testador e cujo valor apenas seria determinado após a abertura da sucessão. Nesta ótica, criticada por Gangi, se o testador deixasse a A todos os bens móveis e a B todos os bens imóveis, ambos seriam herdeiros (ou os bens móveis e imóveis sítos na cidade a A e os bens móveis e imóveis localizados no campo a B; ou os bens paternos a A e os bens maternos a B, etc.)<sup>47</sup>. Trata-se das deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade do património e a que já fizemos referência. Em suma, para Gangi<sup>48</sup>, a admissibilidade da herança *ex re certa* na sua moderna conceção não seria compatível com o acolhimento legal do conceito romanístico de sucessão universal. Para Gangi apenas nesta perspetiva a injuntividade do critério do artigo 760.º do Código Civil italiano de 1865 seria totalmente reconhecida e respeitada, afastando-se o seu carácter meramente subsidiário. Por isso, as deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança não poderiam ser qualificadas como legados, na medida em que a vontade do testador apenas poderia servir para determinar *em caso de dúvida*, se a deixa teria por objeto uma quota e, nestes casos, tal dúvida não existiria. Pelo contrário, na posição que remetia para a vontade do testador, a ponto de se admitir a herança *ex re certa*, o respeito pela injuntividade do critério legal do artigo 760.º seria apenas aparente<sup>49</sup>.

Outro argumento importante invocado por Gangi<sup>50</sup> para sustentar a sua interpretação do artigo 760.º residia no facto de o direito italiano de 1865 não permitir ao testador dividir os seus bens pelos herdeiros segundo a sua vontade, podendo apenas

fazê-lo quanto aos seus descendentes, através da figura da *divisione d'ascendente*, cujo carácter seria claramente excepcional.

Para terminar, mencione-se apenas que esta negação inequívoca de qualquer subjetivismo na identificação da instituição de herdeiro, que atravessa toda a posição de Gangi<sup>51</sup>, é manifestada de forma particularmente feliz pelo autor nas seguintes palavras:

“Não pode existir qualquer dúvida de que a vontade do testador deve ser atendida em casos semelhantes para determinar o conteúdo e a natureza da uma deixa e, desse modo, no caso, para decidir se uma deixa de coisas certas e determinadas ou de determinadas categorias de bens não seja, na realidade, dadas as particulares circunstâncias do caso, uma deixa da universalidade ou de uma quota dos bens, ou não contenha outra coisa senão um pré-legado ou uma destinação de bens a uma quota da herança ou seja uma norma de divisão; mas a vontade do testador não pode nunca ser invocada para dar a uma deixa, que pelo seu conteúdo seja indubitavelmente uma deixa de determinados objetos ou de um determinado complexo de bens ou de uma determinada categoria de bens e, assim, de um legado, o carácter de instituição de herdeiro”.

### 3.2.2. Análise da questão à luz do Código Civil italiano de 1942: o artigo 588.º, n.º 2

Com o Código Civil de 1942 foi acolhida pelo direito italiano a herança *ex re certa*, no artigo 588.º, n.º 2, remetendo-se, igualmente, para um critério de índole subjetiva, no que se refere à distinção entre herdeiro e legatário.

Na doutrina italiana, Mengoni<sup>52</sup> defende que o preceito em causa veio consagrar claramente a herança *ex re certa* no direito italiano. Resulta do artigo 588.º, n.º 2, que a indicação de bens determinados ou de um complexo de bens não exclui que a dispo-

<sup>47</sup> Conceito acolhido pela *Cassazione* segundo GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 29-30, nas decisões de 25 de janeiro e 14 de julho de 1926.

<sup>48</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 31.

<sup>49</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 33 e 36.

<sup>50</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 37.

<sup>51</sup> GANGI, “Istituzione di erede e legato”, 32.

<sup>52</sup> LUIGI MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano: Giuffrè, 1950, 11-14.

sição seja a título universal quando se conclua que a intenção do testador foi atribuir tais bens como quota do património<sup>53</sup>. Nesta atribuição verifica-se a existência de uma relação psicológica com o todo; assim, enquanto no direito romano a atribuição do bem determinado era vista como uma “separação do todo”, no conceito moderno de herança *ex re*, segundo Mengoni, tal atribuição surge como o resultado de uma “divisão do todo”. A “quota” surge como uma parte intelectual do todo (fração aritmética).

Para o mesmo autor<sup>54</sup>, a situação de herança *ex re certa* mencionada apenas é incompatível com a noção positiva de herdeiro (aquele que recebe uma quota, artigo 588.º, n.º 1), numa perspetiva formal; no entanto, de um ponto de vista substancial não o é, na medida em que apenas contradiz a estrutura e não a função do herdeiro. Assim, embora não se atribua ao *heres ex re certa* uma quota ou a totalidade da universalidade da herança, qualquer herdeiro adquire, definitivamente no momento da partilha uma porção concreta dos bens do *de cuius*, o que mostra que o regime do artigo 588.º, n.º 2, não é absurdo. Este regime surge como um *favor ultimae voluntatis*, em que, embora haja uma contradição formal com os critérios do artigo 588.º, n.º 1, o legislador ficciona que tal contradição não existe. Atendendo a este aspeto, o herdeiro *ex re certa* surge no direito italiano como uma anomalia do Direito Sucessório: um herdeiro que sucede em bens determinados. Ao lado do critério objetivo de distinção entre herdeiro e le-

gatário, o legislador atribui relevância a um critério subjetivo: em vez de a qualificação como herdeiro resultar de uma atribuição formal de uma quota por parte do testador, ela pode, igualmente, resultar da interpretação da sua vontade. De qualquer forma, nos casos em que a vontade do testador seja dúbia, Mengoni defende a prevalência do critério objetivo sobre o critério subjetivo. Neste sentido, a norma do artigo 588.º, n.º 2, tem um caráter excecional do ponto de vista do critério que preside à interpretação das disposições testamentárias no que se refere à definição do herdeiro ou legatário<sup>55</sup>. Para a determinação da vontade do testador, este autor pronuncia-se pela admissibilidade qualquer meio de prova, mesmo extrínseco ao testamento. Nas deixas categoriais que esgotam dicotomicamente a herança, Mengoni<sup>56</sup> entende que a vontade do testador de instituir herdeiros é inequívoca, visto que *tertium non datur*.

Em suma, para Mengoni a herança *ex re certa* é logicamente incompatível com os elementos estruturais típicos da qualidade de herdeiro — embora não o seja positivamente em virtude do artigo 588.º, n.º 2 — existindo assim uma incompatibilidade concetual inegável. O mesmo autor<sup>57</sup> salienta ainda que, para aqueles que vêm a herança como uma *universitas*, ainda que a atribuição de um bem determinado possa ser vista como uma fração aritmética da totalidade dos bens do testador, ou seja, como uma quota dos bens *stricto sensu*, nunca poderá ser entendida como uma quota que se reporta igualmente ao passivo, e é precisamente neste ponto que reside a incompatibilidade lógica referida. No entanto, Mengoni considera que a teoria

<sup>53</sup> De acordo com o artigo 588.º do *Codice Civile*: “1. As disposições testamentárias, qualquer que seja a expressão ou denominação utilizada pelo testador, são a título universal e atribuem a qualidade de herdeiro, se compreenderem a universalidade ou uma quota dos bens do testador. As outras disposições são a título particular e atribuem a qualidade de legatário. 2. A indicação de bens determinados ou de um complexo de bens não exclui que a disposição seja a título universal quando resulta que o testador teve intenção de atribuir tais bens como uma quota do património”.

<sup>54</sup> MENGONI, *La divisione testamentaria*, 15-16, texto e nota 34, e ainda p. 17-18.

<sup>55</sup> LUIGI MENGONI, “L’instituzione di erede «ex certa re» secondo l’art. 588.º, comma 2.º, c.c.”, *RTDPC*, (1948) 758.

<sup>56</sup> MENGONI, *La divisione testamentaria*, 19.

<sup>57</sup> MENGONI, “L’instituzione di erede «ex certa re» secondo l’art. 588.º, comma 2.º, c.c.”, 743-746.

da herança *universitas* deve ser afastada, na medida em que a conceção teórica que influenciou o legislador nesta matéria não pode impedir o intérprete de procurar uma conceção dogmaticamente mais adequada e que permite atender melhor às exigências práticas. Por isso, a incompatibilidade lógica entre a herança *ex re certa* e o critério legal de distinção entre herdeiro e legatário é superada, assim que se afasta a ideia de *universitas*. Nesta posição, idêntica neste ponto à posição de Cicu, o conteúdo da instituição de herdeiro reside na atribuição da totalidade ou de uma quota *dos bens* em sentido estrito, excluindo as dívidas.

Numa visão não muito distante daquela que acabei de expor, Amadio<sup>58</sup> salienta que, ao critério objetivo que atende ao conteúdo para identificar a instituição de herdeiro, presente no artigo 588.º, n.º 1, o n.º 2 do mesmo preceito acrescenta um critério subjetivo, fornecendo uma “leitura extensiva do conceito de instituição de herdeiro”. Nesta visão, para este autor<sup>59</sup> a interpretação da vontade do testador prevista no artigo 588.º, n.º 2, surge como algo subsidiário, a que apenas se deve recorrer quando não se consiga identificar a natureza da deixa através de uma análise objetiva. Assim, o legislador italiano, em vez de renunciar a um critério objetivo, ainda se baseia no conceito de “quota” para distinguir entre herdeiro e legatário.

A qualificação da norma que se retira do artigo 588.º, n.º 2, como excecional, perante o critério presente no n.º 1 do mesmo preceito não é consensual na doutrina italiana. Num sentido oposto à visão que ficou referida nos parágrafos anteriores,

Barba<sup>60</sup> procura uma leitura global do artigo 588.º. Este é qualificado como uma norma interpretativa, mas não uma norma de interpretação, no sentido de fixar o significado a atribuir às expressões utilizadas pelo testador sempre do mesmo modo. Trata-se, pelo contrário, de uma regra que fixa critérios que permitem identificar o significado jurídico atribuído à disposição realizada pelo testador. Barba<sup>61</sup> resume deste modo as conclusões a que chegou no que se refere à interpretação do preceito em causa:

“O artigo 588.º, n.º 1, contém uma norma geral sobre a interpretação do testamento. A qual, ao negar relevância concludente às expressões e denominações e ao negar relevância concludente à técnica lógico-linguística, atribui um valor determinante e concludente ao seu conteúdo ou, mais exatamente, ao facto de este compreender ou excluir a universalidade ou uma quota dos bens do testador”.

Nesta perspetiva, a regra que se retira do artigo 588.º, n.º 2, nada acrescenta àquela que resulta do n.º 1 do mesmo preceito na parte em que determina que a técnica lógico-linguística que consiste na indicação de um bem ou de um complexo de bens não exclui que o testador tenha pretendido atribuir esse bem ou complexo de bens enquanto quota, ou seja, que a disposição possa ser qualificada como disposição a título universal. Por isso, a regra presente no artigo 588.º, n.º 2, surge como um dos possíveis desenvolvimentos da regra que se retira do n.º 1. De qualquer modo, a originalidade do artigo 588.º, n.º 2, em relação à regra do n.º 1, reside no facto de, no primeiro, estar em causa, mais do que o carácter inconclusivo e não vinculativo das expressões ou denominações utilizadas

<sup>58</sup> G. AMADIO, “La divisione del testatore senza predeterminazione di quote”, *RDC*, 1 (1986) 243 s., em particular, p. 244.

<sup>59</sup> AMADIO, “La divisione del testatore senza predeterminazione di quote”, 246, texto e nota 11. Trata-se de uma posição que tem algum apoio na doutrina italiana (IDEM., *ibid.*).

<sup>60</sup> Vincenzo BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testatore”, *RDC*, 1 (2012) 53 s., em particular, p. 55.

<sup>61</sup> BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testatore”, 61.

pelo testador (previstas, num âmbito mais geral, no artigo 588.º, n.º 1), a própria técnica lógico-linguística utilizada pelo testador, sendo o intérprete autorizado o intérprete a valorar como inconclusiva tal técnica. Nesta perspetiva, a regra do artigo 588.º, n.º 2, representa uma continuação da regra do artigo 588.º, n.º 1, limitando-se a prever um conjunto de hipóteses em que falta às expressões e denominações utilizadas pelo testador qualquer sentido concludente. Vista desta forma a regra do artigo 588.º, n.º 2, não é excepcional<sup>62</sup>.

Do que ficou referido resulta que, embora aderindo à crítica de Mengoni à teoria de *hereditas-universitas*, Barba<sup>63</sup> não define quota à margem do conceito de universalidade. Assim, entende que quota significa, por um lado, o objeto matemático que simboliza a fração ou a percentagem; por outro, a representação parcial de uma unidade constituída não já pela totalidade dos bens do testador, mas pela universalidade dos mesmos. Releva, no entanto, igualmente a intenção do testador. Para Barba<sup>64</sup>, ao reportar-se ao facto de a disposição poder ser qualificada como atribuição a título universal, ainda que sejam indicados bens determinados ou um complexo de bens, quando “resultar” que o testador pretendeu atribuir os bens enquanto quota do património, ao contrário de se afirmar, quando “resultar do testamento”, o artigo 588.º, n.º 2, permite a conclusão de que a prova complementar é admissível na interpretação da intenção do testador. Muitas vezes tal intenção pode retirar-se do testamento, se o testador declarou pretender beneficiar os sucessíveis de modo igual, ou se pretendeu beneficiar um duplamente em relação ao outro, ou nos casos em

que colocou os bens numa relação de proporcionalidade, ou quando deixou dinheiro a um sucessível pretendendo compensá-lo pelo menor valor do bem que lhe foi atribuído em comparação com os restantes sucessíveis, por exemplo. No entanto, outros existem em que é importante atender ao contexto do testamento. Assim, a atribuição do bem Y a A e do bem X a B não pode ser dissociada do facto de o testador ter encomendado uma perícia da qual resultou que o bem A constituía  $\frac{1}{3}$  do seu património, e que o bem B valia  $\frac{3}{5}$  do mesmo, ou ainda da escritura em que o testador tenha estimado e dividido os seus bens em diversos lotes, ou de uma carta em que o testador atribua ao sucessível o cumprimento de tarefas que apenas seriam compatíveis com a sua classificação como herdeiro.

No que se refere especificamente à disposição de todos os bens imóveis ou de todos os bens móveis, Barba<sup>65</sup> salienta que a mesma pode ser reconduzida à previsão do artigo 588.º, n.º 2; no entanto, a deixa do complexo dos bens imóveis ou uma deixa economicamente relevante não deve reconduzir-se, sem mais, à deixa de uma herança *ex re certa*. Pelo contrário, considerações de carácter económico, tal como considerações relativas à natureza da deixa, devem ser tidas em conta, mas não são suficientes, por si só, para se concluir no sentido de uma intenção de atribuir uma quota. Do mesmo modo, o facto de uma deixa de valor económico considerável beneficiar um familiar não implica a conclusão necessária de que o testador pretendeu atribuir uma quota<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testadore”, 69-70.

<sup>63</sup> Barba afasta-se, assim, da posição daqueles que defendem que, no caso sempre citado de atribuição de todos os bens móveis e imóveis, a atribuição da universalidade da herança resultaria da própria natureza das deixas, visto que *tertium non datur*. Neste último sentido, cfr. AMADIO, “La divisione del testatore senza predeterminazione di quote”, 249, nota 21. BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testadore”, 70-72, salienta ainda que a exclusão do passivo não implica necessariamente o afastamento da qualidade de herdeiro, pois o testador, ao

<sup>62</sup> BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testadore”, 62-64.

<sup>63</sup> BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testadore”, 58, nota 18, e p. 60.

<sup>64</sup> BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testadore”, 65-66.

#### 4. Síntese conclusiva

Da análise da discussão em torno da herança *ex re certa* no direito italiano resultam claramente duas posições chave: por um lado, aquela que remete apenas para a vontade do autor da sucessão a distinção entre herdeiro e legatário, negando que a recepção legal de um determinado conceito de herança possa ser vinculativa para o intérprete, o que conduz a um entendimento da noção de “quota” acolhida na lei como uma parcela da totalidade dos bens, e não da *universitas* a que a herança se reconduziria. Por outro lado, a posição daqueles que, num respeito estrito pela solução positivada na lei, identificam na “quota” uma fração aritmética do todo a que a herança se traduz, sendo esse todo uma universalidade, com ativo e passivo.

Não é difícil de adivinhar qual destas perspectivas me causa maior empatia, tendo em conta os considerandos que já teci sobre a questão ao analisá-la na nossa ordem jurídica. No entanto, na referência ao problema no direito italiano, as suas duas faces resultam com bastante clareza: apenas negando o próprio critério legal de distinção entre herdeiro (aquele que recebe a universalidade ou uma quota da herança) e legatário (aquele que recebe bens determinados) se pode admitir que é herdeiro aquele que recebe bens determinados *apenas e só*.

abrigo da autonomia privada pode deixar o passivo a cargo de apenas um herdeiro ou legatário. Neste caso estamos perante um legado que tem por objeto o montante em que a responsabilidade do herdeiro é excluída. O testador também por excluir um beneficiário de um bem determinado de quaisquer aquisições ulteriores no seu património, o que não implicaria necessariamente a intenção de afastar a atribuição de tal bem enquanto quota; simplesmente existiria um teto para a quota atribuída. A qualificação neste último caso da disposição como legado levaria a que a alienação ou transformação do bem legado implicasse necessariamente a sua revogação tácita total ou parcial, o que não acontece se estiver em causa uma herança *ex re certa*.

Neste pressuposto, bem pode o testador pretender que a “cor branca seja preta”, ou que “dois mais dois sejam cinco”, que a realidade continuará sempre a ser diferente. Por isso, como pretender que aquele que beneficia objetivamente um sucessível apenas com um bem determinado quera, na verdade, atribuir-lhe uma quota?

Como resulta da posição de Cicu, uma questão que atormenta os defensores da qualificação como heranças das deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança é a de que, nesse caso, a sua qualificação como legados implicaria que fosse aberta a herança legítima, sendo os herdeiros legítimos apenas chamados para responder pelo passivo da herança. Ora, na ordem jurídica portuguesa semelhante problema não existe, atendendo ao regime previsto no artigo 2277.º, em que toda a herança se encontra dividida em legados, o que ocorre, claramente e também, neste caso<sup>67</sup>. Por outro lado, ao contrário do que acontece na lei portuguesa, em que resulta dos trabalhos preparatórios que no seio da Comissão Revisora não houve consenso quanto à questão, no direito italiano, a mesma foi resolvida no sentido da relevância da mera intenção do testador na distinção entre herdeiro e legatário, no artigo 588.º, n.º 2, havendo embora divergência quanto ao seu alcance. Numa visão, apenas negando o critério legal resultante do artigo 588.º, n.º 1, do Código Civil italiano, se pode afirmar que não existe uma incompatibilidade lógica entre este nú-

<sup>67</sup> Neste sentido se pronuncia Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 219-220, salientando que a tese criticada parte do pressuposto falso de que não pode existir sucessão sem herdeiros. Na realidade, isso pode acontecer quando todo o património é distribuído por legados. Assim, não é necessário qualificar os beneficiários das deixas dicotómicas que esgotam a totalidade da herança como herdeiros para evitar que os herdeiros legítimos sejam chamados sem receber quaisquer bens. A qualificação como herdeiros neste caso não é necessária, e só poderá resultar de uma interpretação do testamento se se concluir que o testador assim o quis.

mero e o n.º 2 do mesmo preceito (como assume claramente Mengoni ao analisar a questão). A isto acresce o carácter excecional da norma do artigo 588.º, n.º 2 (defendido pelo mesmo autor).

Embora se possa criticar a opção do legislador italiano, com os diversos problemas que levanta, o legislador português não seguiu o mesmo caminho. Fica assim como critério para a qualificação de herdeiro e legatário aquele que resulta do artigo 2030.º, n.º 2: atribuição da totalidade ou de uma quota da herança, ou atribuição de bens determinados; *tertium non datur*. Logo, a pretensa dúvida que existiria nas deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança não existe e, por isso, não se pode dizer que neste caso a vontade inequívoca do testador seja atribuir uma “quota”. Pelo contrário, a conclusão inequívoca que resulta da lei é a de que estão em causa legados. Deixar a matéria ao critério da vontade do autor da sucessão é criar insegurança jurídica num domínio em que o legislador pretendeu garantir que ela não existiria<sup>68</sup>. Claro está que o legislador não acolheu o conceito de universalidade neste âmbito, como pretendia Galvão Telles no seu Anteprojeto, ao contrário do que acontece no direito italiano. No entanto, não deixou de remeter para o conceito de “quota” da herança.

Ainda quanto às deixas categoriais dicotómicas, não deixam alguns autores na doutrina italiana (BARBA)

talidade dos bens imóveis, ou móveis, serve apenas como um elemento entre outros para determinar a intenção do testador de atribuir bens determinados, à luz do artigo 588.º, n.º 2, do *Codice Civile*. Assim, qualquer conclusão automática quanto à vontade do testador, perante a existência deste indício, seria de afastar. Trata-se, no sistema sucessório português, de um caso supostamente dúbio, em que a conclusão automática seria no sentido da qualificação da deixa como herança. No entanto, ainda que neste âmbito seja atendível a intenção do testador, nunca poderá ela resultar automaticamente de quaisquer elementos, como o facto de as deixas esgotarem dicotomicamente a herança. Por outro lado, tal intenção encontra um limite no próprio critério adotado pela nossa lei.

Faça-se, no entanto, a devida vénia aos autores italianos, sem desprimor pelos nossos mestres, que, ao analisar a problemática da herança *ex re certa*, levam as suas posições às últimas consequências, admitindo abertamente que consideram o critério legal não vinculativo, e concluindo no sentido de outro conceito de “quota”, no qual a atribuição de uma fração do passivo da herança não tem qualquer relevância. Na doutrina nacional, pelo contrário, existe consenso em torno da ideia de que recebe uma “quota” aquele a quem é atribuída uma fração aritmética da herança do *de cuius*, ativo e passivo incluídos. No entanto, no caso em análise, tal doutrina parece arredar-se desse conceito de herança, para depois concluir que o testador pode pretender atribuir uma “quota”, ao distribuir apenas bens determinados, ou para concluir que o conceito pode ser *enriquecido* de um modo que não é mais, a meu ver, do que a sua própria negação. Reitere-se, não se trata de determinar os elementos factuais em que assenta o critério legal de qualificação de herdeiros legatários, trata-se de substituir semelhante

<sup>68</sup> Trata-se de um aspeto que resulta com particular clareza na posição de Barba, que, em coerência com o disposto no artigo 588.º, n.º 2, salienta que nenhum facto pode ser considerado decisivo para a identificação da intenção do testador, devendo, pelo contrário, ser ponderados todos os dados à disposição do intérprete para se conseguir identificar a vontade em causa. A meu ver, isto traduz-se, claramente, na ausência de pontos de apoio na distinção entre herdeiro e legatário, o que tem como resultado uma enorme insegurança jurídica. Tenha-se em particular em conta que este autor, como parte da doutrina italiana, admite que a intenção de atribuir uma quota resulte apenas de prova complementar, embora não tenha nenhum reflexo no próprio testamento, como se retira dos exemplos por si mencionados.



critério por outro, embora num caso pontual. É interessante, neste ponto, a leitura que Barba faz do artigo 588.º, ao ver no n.º 2 do preceito a continuação do critério presente no n.º 1, ou seja, concluindo que o carácter não vinculativo da técnica lógico-linguística utilizada se encontra associado ao carácter igualmente não vinculativo das expressões e denominações usadas pelo testador. Salientámos a mesma ligação, no que se refere ao direito português, ao apontar que a qualificação como heranças das deixas dicotómicas que esgotam a herança representa uma violação do artigo 2030.º, n.º 5, fazendo relevar uma qualificação dada pelo testador diferente daquela que resulta do artigo 2030.º. A diferença reside no facto de o preceito se reportar mais imediatamente, e num âmbito mais geral, a uma qualificação da deixa feita pelo testador, através das expressões e denominações por ele utilizadas; no entanto, engloba, igualmente, a qualificação dada pelo testador, resultante da própria técnica lógico-linguística utilizada, aspeto que parte da doutrina portuguesa considera encontrar-se num patamar diferente, o que, na realidade, não acontece. Em suma, a qualificação dada pelo testador não pode, na nossa ordem jurídica, contrariar os critérios resultantes da própria lei, seja realizada de uma forma mais imediata (atribuição de bens determinados denominando a deixa como herança), seja num âmbito mais remoto ou profundo (intenção de atribuir quotas e de instituir herdeiros *unicamente* através da atribuição bens determinados, o que se prende com a técnica lógico-linguística utilizada). Neste ponto é de reiterar que o recurso a prova complementar para identificar se o testador de facto pretendeu atribuir uma quota ou bens determinados por conta de uma quota (legado por conta da quota), encontra um limite no con-

texto do testamento<sup>69</sup>. Assim, se o testador mandou avaliar todos os seus bens e os dividiu em lotes num documento exterior ao testamento, tal documento não será suficiente para concluir que, com a atribuição de tais bens, o testador visou instituir herdeiros (exemplo utilizado por Barba). Admite-se, no entanto, que a resposta seja diferente se o testador declarar no testamento que pretende atribuir os bens em causa enquanto quotas, na proporção fixada no referido documento (testamento *per relationem*, artigo 2184.º *a contrario*).

Ficou referido que, para além de ser discutível a razão de ser da distinção entre herdeiros e legatários, pese embora o facto de a mesma fazer parte da nossa *tradição jurídica*, tal distinção poderia ser posta em causa pela admissibilidade da designação de herdeiros em bens determinados. Ora, no caso das deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança, estamos apenas perante legatários, por isso, a coerência do critério legal está salvaguardada. Assim, neste ponto em particular, não me parece que se possa encontrar um argumento para o afastamento definitivo da distinção entre herdeiro e legatário. Pelo contrário, como referi no ponto 2. é a falta de qualquer substrato substancial que justifica o seu afastamento, ou seja, sendo hoje o herdeiro e o legatário ambos adquirentes patrimoniais, perda que ficou de facto na nossa sociedade a qualidade pessoal do herdeiro, qual o motivo para os regimes diversos que lhes estão associados?

E poder-se-á encontrar no legado por conta da quota — outro exemplo de herança *ex re certa* apontado pela doutrina moderna, mas claramente afastado da conceção que os romanos tinham do instituto — um argumento para o afastamento da distinção entre herdeiro e legatário? Trata-se do problema que

<sup>69</sup> Como referi em nota anterior, trata-se da posição defendida por Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 218-219.

analisarei posteriormente, na continuação deste estudo, para finalmente poder responder às questões inicialmente colocadas: será o herdeiro *ex re certa* um

herdeiro, um legatário, ou ambas as coisas? Qual o regime que lhe é aplicável?

## OS SISTEMAS LEGAIS PORTUGUÊS E ESPANHOL DE PROTECÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: NOTAS COMUNS E DISSONANTES E ANÁLISE CRÍTICA (continuação)

*Cláudia Sofia Antunes Martins*<sup>1</sup>

Universidade da Beira Interior

**Palavras chave:** protecção da infância e juventude; crianças e jovens em situação de perigo; medidas de protecção; acolhimento familiar; Portugal e Espanha

**Keywords:** childhood and youth protection; children and youth at risk; protective measures; foster care; Portugal and Spain

**Resumo:** No presente trabalho dar-se-á continuidade à análise comparada dos sistemas jurídicos português e espanhol de protecção da infância e juventude, centrando o seu enfoque nas medidas de protecção existentes nos dois países, especialmente a medida de acolhimento familiar, seus prazos de duração e revisão, com a correspondente análise crítica.

**Abstract:** In the present work we will continue the comparative analysis of the Portuguese and Spanish legal systems of child and youth protection, focusing in the protective measures in both countries, mainly the foster care, and its period of duration and review, with the corresponding critical analysis.

### 1. As medidas de protecção: nota prévia

Podemos afirmar, de um modo geral, que os princípios norteadores da actuação das entidades com competência para intervir em situações de desprotecção em que se encontrem crianças ou jovens se assemelhem, em Portugal e em Espanha,

em respeito pelo direito internacional e europeu sobre a temática.

Por um lado, os dois ordenamentos jurídicos dão especial enfoque ao princípio da prevalência por medidas que não apartam a criança ou o jovem do seu núcleo familiar, evitando-se a ruptura com o seu contexto sócio-familiar de referência, sempre que tal seja possível e benéfico para a criança [art. 11.2, al. *b*) da L.O.P.J.M., e art. 4.º, al. *g*), da L.P.C.J.P.].

E, por outro, ambos os regimes sublinham a ideia de que, não sendo possível a manutenção da criança ou jovem, no interior da sua família, se deverá dar preferência a medidas que o insiram num contexto familiar substitutivo da sua família natural, surgindo o acolhimento residencial como medida de último recurso [arts. 11.2, al. *c*), e 21 da L.O.P.J.M. e arts. 4.º, al. *g*), e 35.º da L.P.C.J.P.].

Todavia, em Espanha, permite-se que os familiares da criança possam ser candidatos a acolhedores [arts. 11.2, al. *c*), da L.O.P.J.M., e 172.4 do C.C. espanhol], ao contrário do que acontece em Portugal, Mais, nalgumas C.C.A.A., como, por exemplo, na galega, o legislador autonómico consagrou ainda o princípio de que a medida de acolhimento familiar se deverá realizar, preferencialmente, com os candidatos que pertençam à família ou

<sup>1</sup> Não adopta o Novo Acordo Ortográfico.

ao entorno de origem da criança, salvo se tal não lhe for conveniente [art. 16.2 da L.D.C.G., e art. 69, al. c), da Ley 3/2011].

Por último, determinou o legislador espanhol estatal que se deverá procurar que os irmãos sejam confiados de preferência à mesma pessoa (ou pessoas) ou instituição, salvo se tal for contra o seu interesse superior [art. 172.4 do C.C.]. Nesse sentido, embora não encontremos na L.P.C.J.P., qualquer referência idêntica a este princípio, veio o Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, estabelecer que, quando aplicadas as medidas de apoio junto de outro familiar e de confiança a pessoa idónea, a criança ou jovem tem direito a ser acolhido conjuntamente com os seus irmãos, sempre que a conciliação do superior interesse das crianças envolvidas o aconselhe<sup>2</sup>. Por outro lado, verifica-se ainda como a jurisprudência<sup>3</sup> portuguesa, tem revelado especial cuidado e atenção no respeito desta premissa (sempre que tal solução seja a mais benéfica para as crianças ou jovens em causa), inspirada por critérios de razoabilidade e de bom senso.

## 2. Tipos de medidas de protecção

Na ordem jurídica espanhola, o legislador estatal não especificou quais seriam as medidas passíveis de serem aplicadas pela administração nas situações de risco, referindo genericamente, no art. 17 da L.O.P.J.M., que caberia à entidade pública colocar “en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”, tendo recaído, assim, sob os respectivos legisladores autonómicos a tarefa de as determinar e densificar, levando a

que fossem surgindo com diferentes contornos nas várias C.C.A.A.

De uma forma geral, as medidas de protecção adoptadas em situações de risco têm sido enquadradas em dois grandes grupos: as medidas preventivas de indicadores de risco e as de intervenção, que se traduzem, de uma maneira geral, em medidas de apoio familiar, de índole sócio-educativo, formativo ou económico.

Diversamente, nas situações de desamparo, o legislador estatal identificou as respectivas medidas de protecção que poderão ser aplicadas à criança ou jovem: após determinada a *tutela pública* da criança a favor da entidade administrativa, esta poderá ficar sujeita a uma medida de acolhimento familiar ou residencial [arts. 12.1, e 18 da L.O.P.J.M., e art. 172 do C.C.].

Paralelamente às situações de desamparo, prevê ainda o ordenamento jurídico espanhol [art. 19 da Ley Orgánica 1/1996] a possibilidade de ser determinada administrativamente a *guarda voluntária* de uma criança a requerimento dos seus progenitores por se encontrarem temporariamente, e devido a circunstâncias graves alheias à sua vontade, impedidos de cuidar devidamente daquele [art. 172.2 do C.C.]; ou a sua *guarda judicial* pelo juiz, quando, no decurso de processo civil ou penal, este conclua pela necessidade de serem adoptadas medidas de protecção em relação a um menor, designadamente, no decorrer de um processo de divórcio ou de nulidade do casamento, de mudança da titularidade das responsabilidades parentais ou de incumprimento do dever de alimentos [art. 172.2, *in fine*, do C.C.]. A guarda, por sua vez, é exercida mediante a medida de acolhimento familiar ou residencial.

Ora, na legislação portuguesa não encontramos figuras jurídicas semelhantes à *tutela pública* ou à *guarda voluntária ou judicial*. No que se refere ao

<sup>2</sup> Art. 22.º, n.º 2, al. b), do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>3</sup> Ac. da Relação do Porto de 07/09/2010, Processo n.º 3179/05.1TBFLG.P1, visitado a 10 de Outubro de 2012.

primeiro instituto, mesmo nas situações mais graves em que a entidade decisora decida a retirada da criança ou jovem da sua família, não se entendeu necessário conferir, de modo formal e expresso, ao Estado (por intermédio de uma entidade pública sua representante) a tutela jurídica da criança. Em tais casos, para o legislador português, os pais conservam o exercício das suas responsabilidades parentais em tudo o que não for inconciliável com a aplicação da medida de protecção [art. 1919.º do C.C.]. Resulta, assim, implícito do teor da lei que, em tudo o que for “inconciliável” com a medida, assumirão as entidades públicas o exercício de tais poderes-deveres perante a criança, funções essas que poderão delegar à entidade a quem eventualmente aquela for confiada, podendo ainda fixar-se no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial os direitos e deveres que os progenitores da criança continuam a exercer junto da mesma.

Só no caso especial de a medida de protecção visar a adopção futura da criança, ou seja, se for aplicada a medida de *confiança a candidato a adoptante ou a instituição com vista a futura adopção*, prevista na al. g), do n.º 1, do art. 35.º da L.P.C.J.P., é que o legislador consagrou expressamente que os seus progenitores ficam automaticamente inibidos do exercício das responsabilidades parentais [art. 1978.º-A do C.C. português], devendo nomear-se um curador provisório à criança<sup>4</sup> (que, em regra, será a pessoa a quem for confiada, o candidato a adoptante ou, se sendo confiada a uma instituição, a pessoa que tenha contacto mais directo com ela), cessando, igualmente, as visitas por parte da família natural [art. 62.º-A, n.º 2, da L.P.C.J.P.].

Quanto às situações subsumíveis às de guarda

voluntária, a pedido dos pais ou tutores, são integradas, igualmente como situações de perigo, aplicando-se-lhes as mesmas medidas de promoção e protecção, por não se lhes reconhecer a necessidade de terem um procedimento específico, distinto do aplicável nas demais situações de perigo; e, por outro, não se admite que, no âmbito de qualquer outro processo cível ou penal, tais medidas de promoção e protecção possam ser estabelecidas.

Por outro lado, verificamos ainda como nota distintiva o facto de, na ordem normativa portuguesa, o legislador ter optado por consagrar uma lista cerrada de medidas passíveis de serem adoptadas em situações de perigo para uma criança ou jovem, no art. 35.º da L.P.C.J.P., que designou de *medidas de promoção e protecção*. As referidas medidas encontram-se, por sua vez, escalonadas, segundo uma ordem de preferência, tendo em atenção o maior ou menor impacto que podem ter na vida da criança.

As medidas qualificadas de execução em meio natural de vida da criança, menos gravosas, são semelhantes às previstas nas legislações autonómicas, em Espanha, para as situações de risco, e incluem: a) o *apoio junto dos pais*; b) o *apoio junto de outro familiar*; c) a *confiança a pessoa idónea*; d) e o *apoio para autonomia de vida*<sup>5</sup>.

No fundo, as primeiras três medidas visam conferir apoio de natureza psicopedagógica, social e económico<sup>6</sup> à criança ou jovem que se en-

<sup>5</sup> Estas medidas de execução em meio natural de vida, a par da medida de acolhimento familiar, foram objecto de específica regulamentação, com a publicação do Dec-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, e do Dec-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>6</sup> O apoio de natureza *psicopedagógica* [art. 11.º do Dec-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro] procura especialmente a promoção e construção de interações positivas entre os membros do agregado familiar da criança ou jovem, orientando o agregado familiar nas suas atitudes para com a criança ou jovem, identificando necessidades

<sup>4</sup> Art. 167.º da O.T.M.

contre em situação de perigo, diferenciando-se entre si, sobretudo, pelo facto de, no primeiro caso, a criança se manter junto dos seus pais; na segunda hipótese, ser confiada à guarda de outro familiar *com quem já residia ou ao qual é entregue*, desde que esse familiar não seja seu representante legal, nem tenha a sua guarda de facto à data da entrega [art. 40.º da L.P.C.J.P.]<sup>7</sup>; e na terceira situação, por ser confiada a uma pessoa que não pertence à sua família biológica alargada, mas em relação à qual já nutre uma afectividade recíproca, em momento anterior ao da escolha da medida, ou, não se verificando tal vínculo já existam indicadores objectivos que permitam concluir, com elevado grau de probabilidade, que essa relação de afectividade se irá concretizar em tempo

especiais e promovendo o desenvolvimento integral da criança ou jovem e a construção da sua identidade pessoal. Tem ainda como objectivo precípua o desenvolvimento de potencialidades e capacidades através de técnicas de intervenção adequada de natureza psicológica, pedagógica e social e de processos de intervenção cognitivo - comportamental que visem o bem-estar, a satisfação e a aquisição de competências pessoais e sociais e a promoção de actividades específicas de formação escolar e profissional. O *auxílio social* [art. 12.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro], por sua vez, visa, através de uma intervenção que envolva recursos comunitários, contribuir para o desenvolvimento integral da criança ou do jovem e para a satisfação das necessidades sociais do agregado familiar, nomeadamente através: *a)* da criação de condições para a prestação de cuidados adequados de alimentação, higiene, saúde, segurança, educação e bem-estar; *b)* de aquisição de competências pessoais, sociais e profissionais; *c)* da prestação de informação e aconselhamento; *d)* da promoção da participação em actividades de formação, culturais e de lazer, potenciando o estabelecimento de relações positivas com os vizinhos, a escola, o contexto laboral e a comunidade em geral. Por último, a ajuda *económica* [art. 13.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro] traduz-se na atribuição de uma prestação pecuniária, a pagar pelos serviços distritais da segurança social, para a manutenção da criança ou do jovem, ao agregado familiar com quem ela reside.

<sup>7</sup> Excepcionalmente o limite de sessenta e cinco anos pode ser ultrapassado no superior interesse da criança ou do jovem, se a relação de afectividade existente e as competências pessoais do familiar acolhedor constituírem uma vantagem acrescida. Realce-se como pressuposto de aplicação da medida a necessidade de a criança ou jovem já residir com o familiar a quem é confiado, à data em que a medida é aplicada, pressupondo a existência de uma relação afectiva entre ambos ou ser manifesta a existência desse laço de afectividade recíproca entre o familiar e a criança em momento anterior à aplicação da medida ou se possa concluir que a mesma se estabelecerá em tempo útil para a criança.

útil<sup>8</sup> [art. 43.º da L.P.C.J.P.]<sup>9</sup>.

Consagra ainda o legislador português uma medida de protecção muito particular dirigida apenas a adolescentes, com idade igual ou superior a quinze anos e que revelem vontade de iniciarem um percurso com vista à sua plena autonomização e sinais de responsabilidade e maturidade<sup>10</sup>, ou a jovens mães, com menos de quinze anos: o *apoio para a autonomia de vida* [art. 45.º]. Visa, assim, esta medida proporcionar a autonomização do jovem nos contextos escolar, profissional e social e o fortalecimento de relações com os outros e consigo próprio, garantindo-lhe condições que lhe permitam viver por si e adquirir progressivamente autonomia de vida [arts. 30.º e 31.º do Decreto 12/2008, de 17 de Janeiro].

Embora não se encontre, na normativa estatal espanhola, uma medida de protecção equivalente, nalgumas C.C.A.A., como na galega, o legislador autonómico enquadrou o apoio que deve ser prestado a jovens em situação de desprotecção, mas sem capacidade para dependerem apenas de si próprios e se auto-governarem, como integrando a medida de acolhimento residencial, a qual, em tais situações, passa a dever desenrolar-se: ou em específicas “vivendas tuteladas”, centros residenciais, instalados em vivendas normalizadas, com capacidade para integrar apenas oito jovens que estejam próximos de completar a maioridade mas necessitam ainda de apoio para alcançar a sua autonomia definitiva (e que funcionam em regime de autogestão sob a supervisão técnica dos educadores); ou em “vivendas de transición a la vida autónoma”, as

<sup>8</sup> Pode, excepcionalmente, o limite de sessenta anos ser ultrapassado no superior interesse da criança ou do jovem, se a relação de afectividade existente e as competências pessoais daquela pessoa constituírem uma vantagem acrescida.

<sup>9</sup> Art. 4.º, al. *d)*, do Dec.-Lei 12/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>10</sup> Art. 31.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

quais só podendo integrar entre quatro a seis jovens; ou em “centros de talleres formativos”, centros com oficinas formativas dirigidos a jovens que, tendo completado a escolaridade obrigatória necessitam ainda de formação complementar para colmatar os seus deficits formativos através de aprendizagem teórico-prática de um ofício que lhes facilite a incorporação no mercado de trabalho [arts. 16 a 18 do Decreto 329/2005, de 28 de Julho].

Para além das medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança, prevê a L.P.C.J.P. três medidas mais gravosas de colocação: a) o *acolhimento familiar*; b) o *acolhimento em instituição*; c) e a *confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção*<sup>11</sup>.

Estas medidas de colocação, equiparam-se, assim, de uma forma geral, às medidas adoptadas, no regime jurídico espanhol, nas situações mais graves de desamparo ou de guarda, ou seja, ao *acolhimento familiar e residencial* [art. 172.3 do C.C.], não obstante tenham sido conformadas em moldes diversos nos dois sistemas legais.

Antes de analisarmos com maior cuidado o regime em vigor em cada um dos países, em matéria de acolhimento familiar e residencial, cumpre ainda fazer menção à particular medida de promoção e protecção, inserida, pelo legislador português, em 2003, a medida de *confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção*, a qual assume duas formas distintas de execução, consoante a criança seja colocada sob a guarda:

<sup>11</sup> Todavia tenha-se em atenção que, não obstante a medida de *confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção* se encontrar consagrada em último lugar na lista de medidas de promoção e protecção (depois do acolhimento em instituição), tal deve-se apenas ao facto de a mesma provocar uma quebra dos seus laços familiares com a sua família biológica, ao contrário da anterior. Sem prejuízo, ela terá sempre aplicação prevalente, face ao acolhimento institucional, sempre que se encontrem verificados os pressupostos legais que permitam confiar a criança ou o jovem para a adopção.

a) de um candidato seleccionado para a adopção; b) ou de uma instituição com vista à futura adopção [arts. 35.º, n.º 1, al. g), e 38.º-A da L.P.C.J.P.].

A importância desta alteração legal residiu essencialmente no facto de, quando aplicada a primeira das referidas modalidades, confiando-se uma criança a um “*candidato seleccionada para a adopção*”, esta medida passou ter a mesma eficácia jurídica conferida ao processo de confiança judicial ou administrativo, procedimentos estes que precedem obrigatoriamente o processo de adopção, e que visam dar início a um período experimental em que a criança é confiada e integrada na família do candidato a adoptante, a fim de se averiguar se entre ambos se estabelecerão os vínculos próprios da filiação.

Visou, deste modo, o legislador conferir maior celeridade processual ao processo de adopção e articulá-lo com o processo de promoção e protecção, permitindo que, no âmbito desde último, uma vez concluindo-se que o projecto de vida da criança deve passar pela adopção, se aplique, simultaneamente, uma medida de promoção e protecção e se dê início ao procedimento de pré-adopção.

Aproxima-se, assim, esta medida da designada, no ordenamento jurídico espanhol, de acolhimento familiar pré-adoptivo, quando vise um período de adaptação da criança à sua nova família, não existindo, em Portugal, uma medida equivalente à medida de acolhimento familiar pré-adoptivo, o qual é aplicado no momento em que se formaliza o processo de adopção.

Esta medida, por seu turno, apresenta duas características particulares: para além de ser a única que só pode ser aplicada exclusivamente pelo órgão judicial<sup>12</sup>; também só pode ser determinada em relação a

<sup>12</sup> Arts. 21.º, al. f), e 38.º da L.P.C.J.P.

crianças ou jovens com idade inferior a quinze anos, como referido anteriormente<sup>13</sup>.

Vejamos, de seguida, os principais pontos distintos do regime legal adoptado, em Espanha e Portugal, em matéria de acolhimento familiar.

## 2.1. O Acolhimento familiar

### 2.1.1. Noção e requisitos

A medida de acolhimento familiar, quer na ordem normativa portuguesa, quer espanhola, visa a integração de uma criança ou jovem em meio familiar: este é confiado a uma pessoa ou a uma família, que procurará substituir a sua família natural no exercício das respectivas responsabilidades parentais, ficando, assim, responsável por lhe assegurar os cuidados adequados às suas necessidades e ao seu bem-estar integral.

Todavia, os pressupostos em que o acolhimento familiar assenta, assim como as modalidades em que o mesmo se subdivide não coincidem nos dois países.

Quanto aos candidatos a acolhedores, verificamos como, em Espanha, estes podem pertencer à família extensa da criança ou jovem [art. 172.4 do C.C. e art. 11.2, al. b), da L.O.P.J.M.], ao contrário do previsto na legislação portuguesa, onde se impõe que aqueles não tenham qualquer relação de parentesco com a criança, nem sejam, igualmente, candidatos a adoptantes [arts. 2.º e 7.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

O legislador espanhol estatal não especificou quem poderá candidatar-se a acolhedor, limitando-se a referir, no art. 173.2 do C.C., que aquele compreende uma “persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional”, sem esclarecer se tais pessoas têm que ser casadas ou não, se podem ser do mesmo sexo ou se podem apenas a viver em economia comum. A doutrina<sup>14</sup> foi esclarecen-

<sup>13</sup> Salvo se, à luz do art. 1980.º, n.º 2, do C.C. português, o jovem tiver mais de quinze anos mas menos de dezoito e tenha sido confiado desde, pelo menos, os quinze anos ao candidato a adoptante, ou se for filho do cônjuge ou companheiro do candidato a adoptante. Por outro lado, a aplicação desta medida de promoção e protecção está dependente ainda da verificação de dois pressupostos legais, indicados no art. 1978.º do C.C., idênticos aos exigidos no processo de confiança judicial: a) não existirem ou estarem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação entre a criança ou jovem e os seus pais biológicos; e ainda ocorrer umas das seguintes situações: a) ser a criança ou jovem filho de pais desconhecidos ou falecidos (exige-se a omissão no registo ou o falecimento de ambos os pais e que a criança não se encontre a viver com nenhum ascendente, irmão, tio ou tutor, nos termos do art. 1979.º do C.C.); b) ter havido consentimento prévio para a adopção; c) ter sido a criança ou jovem abandonado pelos seus pais (corte definitivo, por decisão voluntária dos pais, da sua relação com o filho); d) terem os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, ou seja, independentemente de terem culpa ou não, posto em perigo grave a sua segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento; e) terem os seus pais, uma vez acolhida a criança por um particular ou por uma instituição, revelado manifesto desinteresse pela sua vida, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança. Por sua vez, a pessoa a quem for confiada a criança, no âmbito do processo de promoção e protecção, já tem que se encontrar inscrito como candidato a adoptante no organismo da Segurança Social, e reunir os requisitos legais exigidos na legislação civil, designadamente, tratar-se: a) de um casal, duas pessoas casadas há pelo menos quatro anos com idade superior a vinte cinco anos e de sexo diferente; b) uma pessoa singular com mais de trinta anos ou com idade superior a vinte cinco se o adoptando for filho do seu cônjuge; c) duas pessoas que vivam em união de facto há mais de quatro anos, de sexo diferente, com idade superior a vinte e cinco anos [art. 1979.º do C.C.]. O candidato não poderá ainda ter idade superior a sessenta anos (excepto se a criança for filha do seu cônjuge), sendo que a partir dos cinquenta anos a diferença de idades entre este e o adoptando não poderá, em princípio, ser superior a cinquenta anos (este intervalo só poderá ser superior se motivos ponderosos o justificarem) [arts. 1979.º do C.C.].

<sup>14</sup> Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ, *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 2010, 73-79.



do o teor do citado dispositivo, considerando que o mesmo deveria incluir: a) uma pessoa singular, maior e capaz; b) um casal, do mesmo sexo ou não, unidos pelo matrimónio; c) um casal, independentemente do sexo, que viva em união de facto (unido de forma permanente por relação de afectividade análoga à conjugal); d) ou o responsável do que o legislador apelidou de “hogar funcional” [disposição final sexta da L.O.P.J.M. e art. 173.1 do C.C.]. Alguns autores defendem ainda dever-se incluir como candidatos a acolhedores duas ou mais pessoas que não formem um casal, mas que se encontrem unidas por uma relação estruturalmente familiar, ou seja, com o conteúdo íntimo, directo e pessoal que ela pressupõe, como por exemplo, três irmãos, não tendo sido, todavia, este posicionamento reconhecido legalmente<sup>15</sup>.

Ora, diversamente, em Portugal, a medida de acolhimento familiar pode ter lugar em *lar familiar* ou em *lar profissional*, o primeiro tipo de acolhimento coincide, em grande parte, com o que o legislador estatal espanhol referiu de acolhimento realizado por “persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor” e, o segundo, denota algum paralelismo com o tipo de acolhimento familiar que, em Espanha, foi designado de acolhimento em “hogar funcional”, embora este tipo de acolhimento tenha sido concretizado em moldes muito diversos nas respectivas comunidades autónomas.

Verificamos, todavia, como, neste ponto, o regime jurídico adoptado na L.P.C.J.P. portuguesa resultou mais claro e objectivo, estando indicados na lei os candidatos que são admitidos como acolhedores em *lar familiar*. Estes podem ser: a) candidatos singulares ou b) famílias, as quais, por sua

vez, podem ser formadas por i) duas pessoas casadas entre si; ii) duas pessoas a viverem em união de facto há mais de dois anos; iii) ou parentes a viverem em comunhão de mesa e habitação [arts. 46.º e 47.º, n.º 2, da L.P.C.J.P.]. Deixou apenas o legislador português por esclarecer se os casais candidatos a acolhedores poderão ser ambos do mesmo sexo ou não, parecendo-nos que a melhor interpretação da letra da lei aponta no sentido afirmativo.

Por outro lado, não obstante, ambos os sistemas legais reconheçam como acolhedores pessoas singulares ou casais, unidos pelo matrimónio ou a viverem em união de facto (embora, tal regime resulte, na ordem jurídica espanhola, de um processo de interpretação extensiva do art. 173.1 do respectivo C.C.), em Portugal, o legislador foi mais longe e admitiu, expressamente, ainda como candidatos acolhedores parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação, ao contrário do que acontece na ordem jurídica espanhola, cuja hipótese é apenas defendida por certa corrente doutrinal, estando longe de ser pacífica a sua admissão.

Em suma, parece-nos que a melhor solução legal é que tipifica os tipos de candidatos a acolhedores familiares admitidos e permite que estes possam ser formados por familiares que vivam em comunhão de mesa e habitação e ser do mesmo, caminho esse que deveria ser igualmente abraçado pelo legislador estatal espanhol, através da reformulação do citado art. 173.1. do C.C., garantindo-se, desse modo, uniformidade de interpretação e de aplicação do referido dispositivo legal e igualdade de tratamento de todos os cidadãos que desejem candidatar-se a acolhedores familiares, nas diversas comunidades autónomas.

Em matéria de requisitos exigidos aos candidatos a acolhedores, cumpre ainda fazer referência a três aspectos importantes.

<sup>15</sup> VICENT LÓPEZ, «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *Revista General de Derecho*, 652-653 (1999) 90.

Por um lado, embora a lei estatal espanhola não o preveja, é comumente aceite pela doutrina, e assim consagrado na normativa autonómica, que os candidatos têm que reunir capacidade plena de exercício de direitos<sup>16</sup> e idoneidade para poderem exercer tal função (tendo certo sector doutrinal<sup>17</sup> defendido a possibilidade de os candidatos poderem incluir jovens emancipados, hipótese esta que não se coloca, em Portugal, na medida em que o candidato a acolhedor tem de ter mais de vinte e cinco anos).

Por outro lado, coube ao legislador autonómico concretizar os critérios que deveriam ser apreciados pela entidade decisora a fim de poder concluir ser o candidato idóneo para desempenhar a referida função, fazendo-se menção, na grande maioria das C.C.A.A.: à sua idade, aptidão educadora, motivação, disponibilidade e capacidade para aceitação das características do acolhimento, a sua colaboração com as entidades públicas, a sua situação familiar, social, profissional e habitacional e as suas condições de saúde e/ou qualquer outra circunstância que possa intervir no bom desenvolvimento da personalidade da criança ou jovem acolhido<sup>18</sup>. Todavia, os referidos requisitos não são iguais em todas as comunidades, originando um quadro normativo com distintas matizes e níveis de exigência em várias partes do território espanhol.

Distintamente, na legislação portuguesa, o legislador especificou expressamente, e bem, segun-

do nos parece, quais os requisitos que o candidato a acolhedor, em lar familiar, tem de reunir: a) ter idade superior a vinte e cinco anos e inferior a sessenta e cinco anos, salvo tratando-se de casais ou de parentes que vivam em economia comum, casos em que a exigência deste requisito só se aplica a um dos elementos; b) não ser candidato à adopção; c) possuir a escolaridade mínima obrigatória; d) reunir condições de saúde necessárias para acolher crianças ou jovens; e) possuir condições de higiene e habitacionais adequadas; f) exercer o acolhimento familiar a título de actividade profissional principal ou secundária, mas neste último caso, só se tiver horário compatível com as funções próprias de família de acolhimento; g) não ter sido condenado, por sentença transitada em julgado, por crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual; h) não estar inibido ou limitado do exercício do poder paternal, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil; i) e estar inscrito, na respectiva repartição de finanças, como trabalhador independente [arts. 14.º e 21.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

Sendo ainda factores a avaliar na admissão ou rejeição da candidatura, mediante a realização de entrevistas sociais e psicológicas e visitas domiciliárias<sup>19</sup>: a personalidade, maturidade, capacidade afectiva e equilíbrio emocional dos membros da família candidata a família de acolhimento; a motivação da família para o acolhimento, seu perfil psicológico e grau de estabilidade relacional; a disponibilidade da família para colaborar no processo de recuperação do papel parental da família natural; e a estabilidade sócio-familiar e aceitação do acolhimento familiar por todos os membros da família,

<sup>16</sup> HIJAS FERNÁNDEZ, *Guarda assistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, 49; e RODRIGUEZ SOL, «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, 1 (1993) 1110.

<sup>17</sup> RODRIGUEZ MORATA, “El acogimiento de menores”, 140, rejeitou tal possibilidade; ao contrário de LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, 131; e GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 832; e RODRIGUEZ SOL, «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», 1110.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 833.

<sup>19</sup> Arts. 16.º e 18.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

por forma a garantir a integração num ambiente familiar, harmonioso, afectivo e securizante.

Por fim, sublinhe-se como, quer em Portugal<sup>20</sup>, quer em Espanha<sup>21</sup>, o acolhedor pode exercer tais funções gratuita ou remuneradamente.

No que se refere ao tipo de acolhimento familiar em *hogar funcional*, ficou igualmente por clarificar na normativa estatal espanhola o que se deveria compreender como tal, o que motivou distintas soluções jurídicas em cada uma das dezassete comunidades autónomas: numas, surgiu referenciado como uma forma de convivência permanente similar à familiar, em que o responsável pelo lugar funcional reside no local e recebe uma remuneração por essa função, é o caso, por exemplo, das C.C.A.A das Canárias<sup>22</sup> e de Rioja<sup>23</sup>; surgindo, noutras, como um tipo de acolhimento residencial profissionalizado e não familiar, como na C.C.A.A. da Catalunha<sup>24</sup> e da Galiza<sup>25</sup>.

Em Portugal, o legislador fez menção igualmente a um tipo de acolhimento em *lar profissional*, cuja essência poderá ser, de alguma forma comparável ao tipo de acolhimento em “hogar funcional” (se compreendido como um tipo de acolhimento familiar) na medida em que os acolhedores são técnicos com formação adequada escolhidos especialmente para o cargo em função das suas aptidões profissionais. Todavia, em Portugal, veio, em 2008, o legislador clarificar que essas pessoas não deverão estar unidas por qualquer laço de parentesco,

matrimonial ou de união de facto entre si, terão de exercer estas funções em exclusividade [art. 47.º, n.º 3, da L.P.C.J.P.], e deverão acolher, no máximo duas crianças e jovens que revelem problemas e necessidades especiais, como “deficiência, doença crónica e problemas do foro emocional e comportamental”, que exijam uma especial preparação e capacidade técnica [art. 9.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro], ao contrário do que verificamos na ordem jurídica espanhola, cujo conceito de “hogar funcional”, embora revele diferentes concretizações nas várias C.C.A.A., não tem um campo de aplicação tão diminuto.

Embora se reconheça o mérito desta modalidade de acolhimento familiar, a verdade é que, pelo menos, na forma como foi consagrada em Portugal, pelo elevado grau de disponibilidade, formação científica e responsabilidade que exige aos candidatos a acolhedores, tem revelado sérias dificuldades de transposição para a realidade quotidiana, não se encontrando, por isso, ainda em funcionamento.

### 2.1.2. Modalidades do acolhimento familiar

O legislador estatal espanhol subdividiu o acolhimento familiar em três modalidades: a) o acolhimento familiar simples; b) o acolhimento familiar permanente; c) e o acolhimento familiar pré-adoptivo.

Recordemos como, em Espanha, o acolhimento familiar simples, designado de típico ou ordinário<sup>26</sup>, pode ter lugar em duas situações: a) quando a entidade pública tenha concluído pela viabilidade da reintegração da criança na sua família biológica; b) ou quando verifique não se revelar possível a aplicação de uma medida de carácter mais estável

<sup>20</sup> Em Portugal, cf. arts. 20.º, als. *d)* e *e)*, e 44.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>21</sup> Art. 173.2.5 do C.C. espanhol.

<sup>22</sup> Art. 67 da Ley 1/1997, de 7 de febrero.

<sup>23</sup> Art. 83.1 da Ley 1/2006, de 28 de febrero.

<sup>24</sup> Art. 131 da Ley 14/2010, de 27 de mayo.

<sup>25</sup> Arts. 10, 11, e 13, do Decreto 329/2005, de 28 de julio, regulador dos centros de menores e dos centros de atenção à infância.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ MORATA, «El acogimiento de menores», 141.

à criança [art. 173.1 *bis* do C.C. espanhol]; já o acolhimento familiar permanente é aplicável apenas nas situações em que, constatada a impossibilidade do retorno da criança ou jovem à sua família biológica, a sua eventual idade elevada ou outras circunstâncias da sua família assim o aconselhem [art. 173.2 *bis* do C.C. espanhol]; e, por fim, o acolhimento familiar pré-adoptivo pode ser formalizado quando a entidade pública apresenta ao juiz a proposta de adopção da criança; ou, em momento anterior, quando o juiz, atentas as informações e relatórios da situação sócio-familiar da criança, considere conveniente ter lugar um período prévio de prova com vista a poder aferir-se do sucesso ou não da sua adaptação ao seu novo contexto familiar.

Ora, a subdivisão do acolhimento familiar nas referidas submodalidades é uma das matérias de maior dissemelhança entre as ordens normativas portuguesa e espanhola.

Em Portugal, o legislador só consagra um único tipo de acolhimento familiar, mais próximo do acolhimento familiar simples, na medida em que só pode ser aplicado quando a entidade competente preveja o retorno da criança à sua família natural (e, nesse caso, pode ser *de curta duração*, se for previsível esse reingresso, num prazo inferior a seis meses, ou *prolongado*, aplicável nas demais situações, em que se preveja um afastamento da criança do seu núcleo familiar por prazo superior a seis meses [art. 48.º da L.P.C.J.P.]); ou, desde 2008<sup>27</sup>, nos casos em que a criança ou jovem se encontre em situação de preparação para a sua autonomia de vida [art. 3.º do Dec.-Lei n.º 11/2008].

Não existe, assim, a possibilidade, no ordenamento jurídico português, de o acolhimento familiar poder ter natureza permanente ou ser pré-a-

doptivo: por um lado, não pode ser prolongado porque entende o legislador que, como medida provisória que é, deve durar o menos tempo possível, não podendo, por isso, perpetuar-se até à maioridade ou emancipação do jovem; e, por outro, não pode ser pré-adoptivo, isto é, não pode ser aplicado como medida prévia à adopção, por existir na lei outra medida específica para tais casos, a *confiança a pessoa seleccionada com vista à adopção*, e que visa a entrega da criança ao candidato a adoptante e o início de um período experimental, que é sempre obrigatório antes de instaurado o processo de adopção<sup>28</sup>, no decurso do qual se averiguará se entre a criança e o candidato a adoptante se estabeleceram os vínculos próprios da filiação natural. Diversamente, no sistema legal espanhol, é através do acolhimento familiar que se poderá dar início a esse período de prova, o qual, porém, não é sempre obrigatório, mas apenas nos casos em que a entidade pública tenha dúvida sobre qualidade dos laços afectivos entre a criança e os candidatos a adoptantes e o sucesso da sua integração na sua nova família.

Uma vez atento o regime legal em matéria de acolhimento familiar nos dois países, cumpre tecer ainda algumas considerações.

Em primeiro lugar, em Portugal, parece-nos que a própria essência e finalidade da medida de acolhimento familiar deveria ser repensada. Mais importante do que lhe consagrar submodalidades, seria alargar o núcleo de situações em que poderia ser aplicada, alterando-se os pressupostos legais em que assenta, conferindo-lhe uma tónica de maior flexibilidade.

Nessa medida, poderia o acolhimento, numa fase inicial, visar não apenas o retorno da criança

<sup>27</sup> Com a publicação do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>28</sup> Excepto se a criança for filha do cônjuge ou companheiro do candidato a adoptante [art. 1980.º do C.C. português].

ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização mas ainda a selecção de um candidato a adoptante ou a instauração da providência cível necessária para acautelar a sua situação, evitando-se que muitas crianças tenham de crescer, até alcançarem a maioridade, no interior de uma instituição por não ter sido possível encontrar candidatos a adoptantes ou enquanto aguardam o decorrer de providências cíveis. Por outro lado, tendo sido aplicada, visando o retorno da criança à sua família, inviabilizando-se tal desiderato, defendemos que a mesma deveria poder manter-se até que fosse adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que liguem a criança à família de acolhimento ou a estabilizar a sua situação jurídica.

Por outro lado, mesmo nas situações em que a medida tenha sido aplicada visando-se o posterior retorno da criança à sua família, somos de opinião que se, posteriormente, se se viesse a tornar inviável tal reingresso, deveria permitir-se que o acolhimento familiar se pudesse manter até que fosse adoptada a providência cível mais adequada para a criança, a qual poderia passar pela sua adopção por candidatos seleccionados ou mesmo pelo seu acolhedor, ou pela instauração de um processo de tutela a favor deste, consoante fosse mais adequado para a criança ou jovem em causa.

Sem deixarmos de reconhecer a sensibilidade e os desafios que tal solução coloca, na medida em que, no actual regime legal português, os candidatos a adoptantes não podem ser candidatos a acolhedores (nem os candidatos a acolhedores se podem candidatar à adoptantes), parece-nos, todavia, que em casos particulares, devidamente identificados na lei, quando tal solução fosse a que respondesse melhor ao interesse superior da criança, por não ter sido possível o seu reingresso na sua

família, nem a sua adopção (ou se a constituição do vínculo adoptivo se revelasse altamente improvável dado, por exemplo, a sua idade elevada), dever-se-ia, segundo nos parece, admitir tal solução.

No que se refere ao sistema jurídico espanhol, parece-nos ainda que a modalidade de acolhimento familiar simples deveria passar a visar apenas o retorno da criança à sua família biológica, deixando de ter lugar nas situações *em que não se revele possível a adopção de uma medida mais estável* [art. 173.1 bis do C.C. espanhol]. É nosso entendimento que este tipo de casos deveriam ser objecto de medidas provisórias e não de uma medida definitiva como o acolhimento familiar simples. Nessa medida, caberia ao legislador estatal alargar o leque de situações em que passaria a ser possível recorrer a medidas provisórias, reformulando, assim, o teor do art. 173.3 do C.C.

Já o acolhimento familiar permanente deveria poder manter-se até que o jovem se autonomizasse e se tornasse independente, se as circunstâncias do caso não tivessem possibilitado a adopção de uma medida cível mais estável para a sua vida, questão igualmente omissa no citado Anteproyecto de Ley e no Plan Estatal.

Por último, no que se refere à modalidade de acolhimento pré-adoptivo, somos de opinião, que esta deveria ser eliminada, irrompendo na ordem normativa estatal com novas roupagens, ou seja, como uma medida que deveria preceder obrigatoriamente o processo de adopção, como acontece, em Portugal. Desse modo, assegurar-se-ia, através de um período probatório, que entre a criança ou jovem e o candidato a adoptante se estabelecem os vínculos próprios da filiação (o qual só poderia eventualmente ser dispensado nas situações em que a criança já tivesse convivido previamente com o candidato, já havendo elementos de prova sufi-

cientes da existência de tal vínculo afectivo entre ambos), assim como maior controlo e garantia de sucesso nos processos de adopção. Esta solução foi já igualmente defendida e bem no Anteproyecto de Ley de Actualización de 2011 e no Plan Estatal de Infancia e Adolescencia 2013-2016, aprovado pelo Conselho de Ministros.

## 2.2. Duração, revisão e cessação das medidas

### 2.2.1 Duração e revisão

Na ordem jurídica espanhola, o legislador estatal optou por não consagrar prazos máximos de durabilidade das medidas de protecção, com excepção do regime consagrado à medida de acolhimento familiar pré-adoptivo, quando vise o estabelecimento de um período de adaptação da criança à sua nova família, a qual, não poderá ter uma duração superior a um ano [art. 173.3 *bis* do C.C. espanhol], não tendo incluído, igualmente, critérios temporais para se proceder à sua revisão obrigatória.

Distintamente, o legislador português balizou tais patamares temporais máximos, mas apenas em relação às medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança.

Assim, à luz do art. 60.º da L.P.C.J.P., as medidas de execução em meio natural de vida têm a duração máxima de um ano, prazo esse que, em situações excepcionais, se o interesse da criança o justificar, poderá ser prorrogado por mais seis meses.

Diversamente, as medidas de colocação (o acolhimento familiar e residencial), terão a duração fixada no acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial [art. 61.º da L.P.C.J.P.], com excepção da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista

a futura adopção, a qual dura até ser decretada a adopção [62.º-A da L.P.C.J.P.].

Nesse sentido, tem vindo a ser amplamente questionado pela doutrina portuguesa não apenas o facto de o legislador ter fixado limites máximos de duração das medidas de execução em meio natural de vida, sem, todavia, esclarecer quais os posteriores trâmites que deveriam ser adoptados pelas entidades decisoras se, findo o referido prazo, se mantiver a situação de perigo; como, ainda, a circunstância de não ter estabelecido limites temporais semelhantes para as medidas de colocação, permitindo, assim, que, em muitas situações, tais medidas se eternizem até à maioridade do jovem.

Por sua vez, impõe ainda a L.P.C.J.P., ao contrário da normativa estatal espanhola, a revisão obrigatória das medidas de promoção e protecção, não apenas quando se extinga o prazo da sua duração (fixado no acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial); mas ainda, sempre que decorridos períodos de seis meses, após a medida ser aplicada e ainda, a qualquer momento, se ocorrerem factos que o justifiquem (oficiosamente, a pedido dos pais, representante legal ou quem tem a guarda de facto da criança ou da própria criança ou jovem com idade igual ou superior a doze anos [art. 62.º da L.P.C.J.P.]).

Este regime geral é afastado apenas em duas situações: quando aplicada a medida de *acolhimento em instituição de curta duração* (seis meses), a qual tem de ser reexaminada, de três em três meses [art. 59.º, n.º 4, da L.P.C.J.P.]; ou a medida de *confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção*, a qual não está sujeita a revisão (salvo razões ponderosas) [art. 62.º-A, n.º 1, da L.P.C.J.P.].

Atento regime vigente em ambos os países, parece-nos que a consagração de prazos máximos de duração e de revisão obrigatória das me-

didadas de protecção permite evitar que aquelas se possam eternizar na vida da criança, quando já não necessárias ou adequadas, ou permaneçam desajustadas às novas circunstâncias da sua vida.

Consideramos, assim, que o enquadramento legal de tais questões na legislação portuguesa permite garantir uma melhor protecção dos interesses e direitos da criança e da sua família, oferecendo-lhe maiores garantias de segurança e de controlo da actividade da entidade decisora, não obstante se devesse introduzir, na L.P.C.J.P., patamares máximos de durabilidade também em relação às medidas de colocação. A fixação de tais balizas temporais desde que estabelecidas com o devido cuidado e assegurando-lhes uma tónica de flexibilidade, isto é, permitindo que tais indicadores temporais possam ser ultrapassados em situações excepcionais, devidamente justificados, podem ser úteis, surgindo como pontos de referência norteadores da intervenção da entidade competente, assegurando um melhor sistema de controlo da adequação e necessidade das medidas aplicadas, ao longo do tempo, assim como a obrigatoriedade da sua revisão, nos casos supra indicados.

### 2.2.2 Cessaçã

Em Espanha, o regime sobre a aplicação, execução e cessação das medidas preventivas e reparadoras, em situações de risco, assim como a extinção do acolhimento residencial, ficou a cargo do legislador autonómico, não havendo qualquer referência na lei estatal.

Por sua vez, quanto à extinção das medidas de desamparo, de tutela pública e de acolhimento familiar, encontramos apenas referência na legislação estatal às entidades competentes para impulsionar

a sua extinção<sup>29</sup>, mas não às causas que poderão justificar tal decisão<sup>30</sup>, salvo quanto ao instituto da guarda voluntária, o qual pode extinguir-se quando se constate terem desaparecido as circunstâncias graves que justificaram a sua atribuição às entidades públicas [art. 172.2. do C.C. espanhol]<sup>31</sup>.

No regime jurídico português, diversamente, encontramos, no art. 63.º da L.P.C.J.P., uma lista de situações que poderão motivar a cessação das medidas de promoção e protecção por parte da comissão ou do juiz: a) quando decorra o respectivo prazo de duração ou eventual prorrogação; b) a decisão de revisão lhes ponha termo; c) seja decretada a adopção, nos casos previstos no artigo 62.º-A; d) o jovem atinja a maioridade ou, nos casos em que tenha solicitado a continuação da medida para além da maioridade, complete vinte e um anos; e) ou seja proferida decisão em procedimento cível que assegure o afastamento da criança ou do jovem da situação de perigo (decisão esta que terá de ter natureza judicial, pois, a decisão de confiança administrativa,

<sup>29</sup> Art. 1828 da L.E.C.

<sup>30</sup> O desamparo e a tutela pública podem ser extintas, oficialmente, pela entidade pública, ou a pedido dos progenitores ou tutores, do Ministério Fiscal ou de outra pessoa interessada. Os pais ou tutores não privados do poder paternal, mas apenas suspenso em tal exercício, têm um prazo máximo de dois anos para poderem vir solicitar a cessação da suspensão do poder paternal e a revogação da decisão que declarou o desamparo, invocando a mudança nas circunstâncias de facto que justificaram tal declaração e já reunirem as condições necessárias para poderem assumir novamente, em plenitude, o exercício das suas responsabilidades parentais.

<sup>31</sup> Coube à doutrina espanhola sintetizar as razões que poderão motivar a extinção de uma medida de protecção, que passam pelo: vencimento do seu prazo; a instituição da tutela; a adopção da criança; o falecimento ou a declaração de incapacidade do acolhedor, se este for uma pessoa singular; a morte ou declaração de falecimento do menor acolhido; a emancipação ou maioridade do menor; a cessação da situação de desprotecção; ou a recuperação do exercício pleno do poder paternal ou da tutela. HIJAS FERNÁNDEZ, *Guarda assistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, 52-53; RODRÍGUEZ MORATA, «El acogimiento de menores», 146; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 845-846; e GARCIA CANTERO, «Notas sobre el acogimiento familiar», 316.

por exemplo, não faz cessar a medida de promoção e protecção, o que apenas poderá vir a ocorrer em sede de revisão).

Por outro lado, as medidas de promoção e protecção, no quadro legal português, não cessam *ope leges*: a sua extinção exige que a entidade competente aprecie os factos e se pronuncie sobre a sua cessação, através de decisão motivada, a qual é precedida da audição prévia dos pais, representante legal ou de quem tem a guarda de facto da criança ou jovem e também da própria criança com mais de doze anos ou com idade inferior, se revelar capacidade para entender o sentido da intervenção sobre a cessação da medida [arts. 84.º e 85.º da L.P.C.J.P.].

Verificamos, assim, que as causas de extinção se assemelham em ambas as normativas ibéricas, embora não encontremos referência expressa a elas na legislação estatal espanhola, o que, segundo nos parece, poderia ser colmatado, incorporando-se ainda na lei a necessidade de a sua extinção dever ter lugar mediante resolução escrita devidamente motivada, precedida da audição das pessoas directamente interessadas no processo, como se exige na ordem jurídica portuguesa, oferecendo-se assim maiores garantias processuais às partes directamente ligadas ao processo.

### 3. Notas finais

Da análise comparada dos regimes jurídicos espanhol e português pudemos concluir que o enquadramento legal das questões referentes à protecção da infância e juventude e sua sistematização, em Portugal, resultou mais claro, completo e revelador de maior rigor técnico. No regime normativo espanhol, julgamos que teria sido preferível a reunião de toda a normativa estatal num único documento, retirando a disciplina

das medidas de protecção do Código Civil, e a definição de um quadro normativo-base mais extenso e pormenorizado que garantisse maior rigor, eficácia e uniformidade legal no tratamento de tais temáticas em território espanhol.

Por outro lado, embora ambas as normativas jurídicas ibéricas tenham fixaram critérios de legitimidade de intervenção das entidades públicas junto de crianças e jovens em situação de desprotecção, em Espanha, o legislador estatal optou por diferenciar *ab initio* os factos sinalizados, em função da sua gravidade, distinguindo as situações menos graves de risco, face às de desamparo, que legitimam a separação do menor do seu entorno de origem. Já, na ordem jurídica portuguesa, o legislador reuniu num único conceito jurídico, que designou de *perigo*, as situações que legitimam a intervenção das entidades competentes, diferenciando-as, não numa fase inicial do processo, mas no momento de seleccionar a medida de protecção a aplicar. Parece-nos mais adequada a solução legal vertida na L.P.C.J.P., na medida em que o regime normativo espanhol denota maiores desafios e dificuldades ao ser transposto para a realidade do dia-a-dia. Em muitos casos, a linha divisora entre risco ou desamparo é muito ténue, a permanente mutação das circunstâncias da vida dificulta essa qualificação estanque dos factos em análise, os quais, num momento, podem não justificar a separação da criança da sua família e, noutro, já o impor. Por outro lado, a referida qualificação traz sempre inerente uma certa margem de subjectividade que podem originar que casos semelhantes sejam analisados e rotulados de forma distinta.

Verificámos ainda que ambos os países atribuem as principais tarefas protectoras a entidades não judiciárias, surgindo o juiz, sobretudo, como uma instância de controlo e de intervenção sub-



sidiária. Sem prejuízo, parece-nos que, em Espanha, deveria o legislador estatal incluir no texto da lei mais situações susceptíveis de darem lugar à intervenção judicial, designadamente sempre que, prevenendo-se a retirada da criança da sua família, os progenitores da criança ou o seu representante legal ou de facto não concordem com a medida ou o próprio jovem (com idade igual ou superior a doze anos que revele suficiente juízo) se oponha à intervenção, assegurando-se um maior controlo e respeito pelos direitos e garantias dos progenitores e dos direitos de participação e audição dos jovens. Já, no regime interno português, pelo contrário, dever-se-ia restringir o leque de situações que legitimam a instauração de um processo judicial de promoção e protecção, retirando-se designadamente do seu núcleo os casos de menor gravidade em relação aos quais a entidade decisora conclua não dever passar o futuro da criança ou jovem pelo seu afastamento do seu meio natural de vida e não haja anuência dos seus pais ou do seu representante legal ou de facto ou haja oposição da própria criança ou jovem com idade superior a doze anos, permitindo-se, assim, uma solução mais expedita conducente à estabilização da situação jurídica da criança.

Em matéria de medidas de protecção, atento o regime legal em vigor em ambos os países ibéricos no que se refere ao acolhimento familiar, é nossa opinião que resulta premente, em Portugal, uma profunda reforma do instituto visando conferir-lhe uma maior tónica de flexibilidade. Deveria, assim, o legislador português alterar os pressupostos legais em que a referida medida assenta, alargando o seu âmbito de aplicação, podendo, assim, numa fase inicial, visar não apenas o retorno da criança ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização, mas ainda a selecção de um candidato a adoptante ou a

instauração da acção cível necessária à estabilização da sua situação jurídica; e, quando, tendo sido aplicada visando o retorno da criança à sua família, inviabilizado tal desiderato, pudesse manter-se até que fosse adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que ligassem a criança à família de acolhimento ou a necessária para estabilizar a sua situação jurídica. Em Espanha, dever-se-ia incluir uma regulação mais extensa, a nível estatal, das várias submodalidades do acolhimento familiar simples e prolongado, eliminando-se simultaneamente a categoria de acolhimento familiar pré-adoptivo, o qual se convolaria numa medida que passaria a preceder obrigatoriamente o processo de adopção.

Constatámos igualmente que, em Espanha, o legislador estatal não consagrou prazos máximos de duração ou de revisão obrigatória das medidas de protecção (salvo quanto ao acolhimento familiar pré-adoptivo quando aplicada antes de formalizado o pedido de adopção que só pode durar um ano). Nessa medida, julgamos que o enquadramento legal de tais questões na legislação portuguesa assegura uma melhor protecção dos interesses e direitos da criança e da sua família, ao oferecer-lhes maiores garantias de segurança e de controlo da actividade da entidade decisora, devendo, assim, o legislador estatal espanhol colmatar esse vazio legal e o português introduzir prazos máximos de duração igualmente no que refere às medidas de colocação.

Em suma, o tratamento legal dirigido à protecção da infância e juventude, quer em Portugal, quer em Espanha, deve nortear-se pelo primado de se deverá procurar sempre soluções estáveis e definitivas para cada criança ou jovem, se possível, alcançáveis no seio do seu meio natural de vida ou, inviabilizado tal objectivo, através do recurso à adopção ou a outras medidas de natureza cível.

Ainda há um longo percurso a percorrer até que a grande maioria das crianças ou jovens retiradas de junto das suas famílias se encontrem inseridas em lares familiares substitutivos do seu natural e não integradas em centros de acolhimento, quer em Portugal, quer em Espanha.

Importa sensibilizar o poder político e a comunidade em relação aos reais benefícios e virtualidades da medida de acolhimento familiar de modo a que, daqui por algumas décadas, possa-

mos analisar dados estatísticos que revelem uma percentagem mínima de crianças e jovens acolhidos em instituições, e um maior número de situações de integração em contexto familiar, enquanto aguardam pela definição do seu projecto de vida. É esse o desiderato principal que deverá nortear a actuação das entidades competentes para a construção de um amanhã mais luminoso para muitas crianças, futuro esse pelo qual somos todos igualmente responsáveis.

# A HETEROSSEXUALIDADE COMO CARACTERÍSTICA *SINE QUA NON* DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE CASAMENTO

Ivo Miguel Barroso\*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Palavras chave:** casamento, casamento entre pessoas do mesmo sexo, homossexualidade, Declaração Universal dos Direitos do Homem, inconstitucionalidade, Constituição Portuguesa de 1976; artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa

**Keywords:** marriage, same-sex marriage, homosexuality, Universal Declaration of Human Rights, Portuguese Constitution of 1976; article 16, n. 2, of Constitution of the Portuguese Republic; article 36, n. 1, of Constitution of Portuguese Republic; unconstitutionality

**Resumo:** Este artigo visa expor as várias teorias sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Procura demonstrar-se o carácter *iuris cogentis* da norma que se extrai do inciso “o homem e a mulher”, a partir do enunciado linguístico do artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem; e, assim, para o seu contributo para o conceito de casamento, necessariamente homossexual, nas perspectivas do Direito Internacional Público e também do Direito Português; em particular, em relação à Lei n.º 9/2010, que veio consagrar o alegado casamento entre pessoas do mesmo sexo.

**Abstract:** This article exposes the various theories about same-sex marriage. The goal of this article is to demonstrate the *iuris cogentis* character of the rule that is extracted from the literal words “men and women”, from the language of Article 16 (1) of the Universal Declaration of Human Rights; and, therefore, this contribution to the concept of marriage, necessarily heterosexual, in both perspectives of Public International Law and also Portuguese Constitutional Law; in particular, regarding to the Law n.º 9/2010, of 9th May, that enshrined the so-called same-sex marriage.

## Introdução

Têm sido defendidas várias posições acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>1</sup>.

Face à alteração da definição civil de casamento, constante do art. 1577.º do Código Civil, a Doutrina maioritária pronunciava-se a favor da solução legal<sup>2</sup>, ao passo que as restantes posições

\* O Autor não usa as grafias do “Acordo Ortográfico” de 1990, por entender que este é materialmente inconstitucional no seu todo, designadamente por violar a garantia do artigo 43.º, n.º 2, da Constituição; e tendo também inconstitucionalidades parciais.

Uma primeira versão deste trabalho foi publicada com o título: “Implicará o artigo 36.º, número 1, da Constituição de 1976 que o casamento seja homossexual?”, in *Direito & Política*, n.º 7, (Maio-Agosto de 2014) 46-72; e a partir de <<https://uniarq.academia.edu/IvoMiguelBarroso>>; versão *on line* in [Portal Verbo Jurídico](#). Esta é uma versão aumentada desse artigo. Agradece-se a oportunidade de publicação à Revista *Lex Familiae*, bem como a “arbitragem”, que nos permitiu aperfeiçoar e aclarar vários aspectos do texto.

Abreviaturas: AR = Assembleia da República; CRP = Constituição da República Portuguesa; CC = Código Civil de 1966; DU, DUDH = Declaração Universal dos Direitos do Homem; FDUL = Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; al. = alínea; anot. = anotação; art. = artigo; diss. = dissertação; ed. = edição; n./n.º = número; ns. = números; Rn. = n.º à margem da página (“Randnummer”); s.d. = sem data; s.l. = sem local; vol. = volume

<sup>1</sup> Subsídio de valor inestimável é o estudo de Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, (Centro de Direito da Família n.º 18); o mais desenvolvido sobre o tema e manancial de informação.

<sup>2</sup> Neste sentido, anteriormente à Lei n.º 9/2010, Paulo Pulido ADRAGÃO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano. No centenário do seu nascimento*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora / FDUL, 2006, 529-533 (527 s.); IDEM, “Apreciação crítica do Parecer de Diogo Freitas do Amaral”, in *Revista de Direito Público*,

Instituto de Direito Público, 3/5 (Janeiro / Junho de 2011) 229-238; Diogo Freitas do AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, in *Revista de Direito Público*, 3/5 (Janeiro / Junho de 2011) 239-261 (Parecer junto pelo Presidente da República ao pedido de fiscalização preventiva, em Março de 2010; fundamentos citados pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, Processo n.º 192/2010, disponível em <<http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>, n.º 2); Messias José Caldeira BENTO, “Itinerários do Direito Matrimonial”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora / Tribunal Constitucional, 2007, 99-104; Miguel Nogueira de BRITO, “Casamento civil e dignidade dos homossexuais”, in IDEM / Pedro MÚRIAS, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não ou sim?*, Lisboa: Entrelinhas, 2008, 9-58(n) (mas, na p. seguinte, adota posição diversa); IDEM, “Comentários a Pedro Múrias”, in *ibid.*, 57-67(s); Diogo Leite de CAMPOS, “Lições de direitos de personalidade”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 67 (1991) 203-204; Nuno de Salter CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra: Almedina, 2005, 376, 540, 563, 724, 746, 781, 782, 783 e 784 (e notas); Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, I: Introdução. Direito matrimonial*, colab. Rui Moura Ramos, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 204; Cristina Manuela Araújo DIAS, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in José Lebre de FREITAS *et al.*, org., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra: Almedina / Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, 365-391 (sem prejuízo da data da publicação, a Autora escreveu anteriormente à Lei n.º 9/2010); David MAGALHÃES, “Apontamento sobre o “matrimónio” de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 85 (2009) 823; Rui MEDEIROS, “Artigo 36.º”, in Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, Coimbra Editora, 2005, IV: 396-397, e VI: 405; Jorge MIRANDA, “Discriminação e casamento: um olhar constitucional”, in *Público*, (9 de Outubro de 2008) — disponível em <<http://casamentomesmesex.org>>; IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV: *Direitos fundamentais*, 4.ª ed., rev. e actual., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, n.º 66.I, pg. 309; IDEM, “O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais”, in IDEM *et al.*, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, 497; IDEM, “O Tribunal Constitucional em 2009”, *O Direito*, 142/2 (2010) 433-438; IDEM / Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, “Table ronde. Constitution et famille(s): Portugal”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 24 (2008) 2009, 295; Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, I: *Identidade Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2010, 3.3.3, VI, p. 72 e nota 93; IDEM, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra: Almedina, 2004, 158 (a interdição do reconhecimento legal do casamento resultaria do respeito pelos bons costumes e pela moral pública) (também, não obstante não se referir especificamente ao Direito português, IDEM, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Coimbra: Almedina, 2007, 9.4.2, p. 497); Sofia Oliveira PAIS / Manuel Carneiro da FRADA, “A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo — Uma análise de Direito material e conflitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59 (Abril 1999) 719, 721; Pedro Vaz PATTO, “Salvar o casamento, Abril de 2006”, in IDEM, *No cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra: Almedina, 2008, 221-224; IDEM / Gonçalo

eram minoritárias.

Portocarrero de ALMADA, *Porque não. Casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Lisboa: Alêtheia, 2010; Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso livre de Ética e Filosofia do Direito*, Cascais, Príncipia, 2010, B.III, n.º 2, pgs. 260-266; Benjamim Rodrigues, declaração de voto de vencido, junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010; Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?, maxime 237, 306 s., 341 e 342, 385, 387, 423-425*; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 119 (o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria, pelo seu objecto negocial (enquanto requisito de fundo do casamento), “físicamente impossível”); Antunes VARELA, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa: Petrony, 1999, 288-289, 278; Rita Lobo XAVIER, “A vinculação do Direito da Família aos direitos da família”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, org., *João Paulo II e o Direito. Estudos por ocasião do seu 25.º aniversário do seu pontificado*, Cascais: Príncipia, 2003, 156 (nota 27); IDEM, *Ensinar Direito da Família*, Porto: Universidade Católica, 2008, 75.

Várias obras gerais de Direito da Família apontam, implicitamente, no sentido desta primeira teoria (*n. g.*, ao exporem o desvalor da inexistência jurídica, expresso no art.º 1628.º, al. e), do Código Civil). Por exemplo, Jacinto Fernandes Rodrigues BASTOS, *Direito da Família. Segundo o Código Civil de 1966, I. Arts. 1576.º a 1670.º*, Viseu, 1976, 134, referindo-se a uma situação que não pode ter “nenhuma relevância na vida jurídica”; Mário Júlio de Almeida COSTA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, 5.ª ed. rev. actual., colab. António Alberto Vieira Cura, Coimbra: Almedina, 2009, 516; anteriormente à Constituição de 1976, Manuel Gomes da SILVA, *Curso de Direito de Família, Parte II: Do casamento*, t. II, Lisboa: AAFDL, 1971, 250. Implicitamente, também António Pedro Barbas HOMEM, reimpr., *O justo e o injusto*, Lisboa: AAFDL, 2005 (2001), 18, nota 20.

Outros Autores vão mais longe, justificando explicitamente o sentido da solução normativa. Assim, Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil. Anotado. IV: Artigos 1576.º a 1795.º*, 2.ª ed. rev. actual., Coimbra: Coimbra Editora, 1992 (há reimpressão posterior), 24, 77, 159. Anteriormente ao Código de 1966, Fernando Andrade Pires de LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, Coimbra: Coimbra Editora, 1929, 120.

Uma primeira tomada de posição, com pendor acentuadamente dogmático, Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra: Almedina, 2004, 198-199, 254, 284, 409, 519, aponta o aspecto sexual como característica da comunhão conjugal: “A referência legal à diferenciação de género denota a ligação fundamental entre o instituto matrimonial e a sexualidade humana, confirmando a opinião de que “a atracção física entre o homem e a mulher constitui o fundamento primário do casamento”” (Souto Paz); destarte, a exigência de diversidade de sexo representa “*um triunfo importante na defesa do dever conjugal de conjugação carnal*” (p. 254). Também em “Casamento”, in Jorge Bacelar GOUVEIA, dir., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 2007, (3.º Suplemento), 93.

Na Jurisprudência, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 6284/2006-8 (Relator: Pedro Lima Gonçalves), 15 de Fevereiro de 2007; v. o n.º V do sumário.

Os argumentos que têm sido aventados, podem ler-se em Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 171-174, 183-184, 194-196.

Porém, após a alteração da definição legal de casamento por parte do art. 2.º Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio (aprovada na sequência de eleições legislativas de 2009, em que a Moção do Secretário-Geral do Partido Socialista, José Sócrates, continha essa promessa eleitoral<sup>3</sup>), que consagrou o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, o panorama alterou-se profundamente.

Neste contexto importa responder à questão formulada no título. Face à Constituição portuguesa, existem, no essencial, seis posições:

i) O conceito de casamento é heterossexual, isto é, é necessariamente celebrado entre um homem e uma mulher<sup>4</sup>;

ii) Ao invés, há quem considere que o art. 36.º, n.º 1, da CRP, conjugado com o art. 13.º,

<sup>3</sup> A Moção de José Sócrates ao Congresso do Partido Socialista defendeu igualdade no acesso ao casamento sem tibiezas nem meias-soluções (19 de Janeiro de 2009).

<sup>4</sup> Assim, na Doutrina posterior à entrada em vigor da Lei n.º 9/2010, José de Oliveira ASCENSAO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, 8/15 (2011). Também publicado em *Estudos de Direito da Bioética*, vol. IV, IDEM, coord., Almedina, Coimbra / APDI — Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2012, 175-191, obra aqui citada, com numeração, para melhor identificação; = in *Revista da Ordem dos Advogados*; Ivo Miguel BARROSO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, 7/13 (2010) 57-82 (também publicado in *Revista de Direito Público*, 2/4 [Julho-Dezembro, 2010] 183-211); Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2016, 209, e nota 407; Rita Lobo XAVIER, “A garantia institucional do casamento, o Legislador democrático e o Tribunal Constitucional: ‘cuís custodiet ipsos custodes?’”, in Marcelo Rebelo de SOUSA *et al.*, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, III: Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora / FDUL, 2012, 601-613, em especial 608-609. Todavia, a Autora recolhe argumentos da 4.ª posição, do Tribunal Constitucional, no Acórdão 121/2010, dizendo que a AR pode reverter a sua posição (nas p. 611-612)).

Na Doutrina espanhola, concluindo pela inconstitucionalidade da “ley 13/2005”, de 1 de Julho, que consagrou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Carlos Martínez de AGUIRRE ALDAZ, “Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo”, in IDEM / Pedro de PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp, 2007, (Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia), 17-85; Pedro de PABLO CONTRERAS, “La Constitución y la ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Ci-

n.º 2, implica que o casamento possa ser tanto heterossexual, como celebrado entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de violação do princípio da igualdade<sup>5</sup>.

vil en materia de derecho a contraer matrimonio”, in AGUIRRE ALDAZ / PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, 87-129.

<sup>5</sup> Luís Duarte D’ALMEIDA, “Casamento Civil e ‘Sexo Diferente’. Sobre a inconstitucionalidade das normas expressas pelos artigos 1577.º e 1628.º, al. e), do Código Civil”, in Carlos Pamplona CÔRTE-REAL / Isabel MOREIRA / Luís Duarte D’ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra: Almedina, 2008, 55-79; Teresa Pizarro BELEZA / Helena Pereira de MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, *Revista do Ministério Público*, 31/123 (Julho-Setembro de 2010) 31-43, defendendo um casamento “neutro” em matéria de sexo dos nubentes (p. 41); Carlos Pamplona CÔRTE-REAL, “Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento”; IDEM, “Da inconstitucionalidade do Código Civil — artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”, in Carlos Pamplona CÔRTE-REAL / Isabel MOREIRA / Luís Duarte D’ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo*, 11-33; IDEM, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, colab. José Silva Pereira, Lisboa: AAFDL, 2008, 29; IDEM, “Homoafectividade: a respectiva situação jurídica familiar em Portugal”, in Maria Berenice DIAS / Jorge Duarte PINHEIRO, coord., *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre: Magister, 2008, 24-27, 29-31; Isabel MOREIRA, “Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577.º do Código Civil e da al. e) do artigo 1628.º do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”, in Carlos Pamplona CÔRTE-REAL / Isabel MOREIRA / Luís Duarte D’ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo*, 35-55; Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, in IDEM / Miguel Nogueira de BRITO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não ou Sim?*, 9-55 (s); IDEM, “Os erros e a omissão de Nogueira de Brito”, in IDEM / Miguel Nogueira de BRITO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não ou Sim?*, 63-75(n); Jorge Duarte PINHEIRO, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra: Almedina, 2016. Implicitamente a favor, referindo ser um “novo” direito fundamental, segundo os Acórdãos do TC, Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais. Teoria geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 209 nota 93, e 212-213.

Esta posição está patente nos projectos de lei n.º 14/XI, apresentados pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda; e n.º 24/XI, apresentado pelo grupo parlamentar “Partido Ecologista “Os Verdes””.

Pronunciando-se também nesse sentido sobre o Direito português vigente até 2010; Marianna CHAVES, *Homoafetividade e Direito. Protecção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. Um panorama luso-brasileiro. Edição de acordo com a Resolução CFM 1.957, de 15 de Dezembro de 2010 e a Lei 9-XI/2010 em Portugal*, Curitiba: Juará, 2011, diss. na FDUL,

206-214; Paulo Roberto Roberto Iotti VECCHIATTI, *Manual da homoafetividade — da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*, 2.ª ed., São Paulo: Elsevier/Método, 2013, p. 268.

Igualmente Maria Benenice DIAS, *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; IDEM / Marianna CHAVES, “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”, *Lex Familiaris*, 9 (2008) 39-52.

Para uma síntese dos argumentos, Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 283-286 (também nas p. 58-67, 70-80, 166, 189-193, 197-199, 216-219).

Na Doutrina posterior à Lei n.º 9/2010, sucintamente, Jorge Augusto Pais de AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Almedina, 2016, 46-47; BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 31-43, defendendo um casamento “neutro” em matéria de sexo dos nubentes (p. 41). Implicamente a favor, referindo ser um “novo” direito fundamental, segundo os Acórdãos do TC, QUEIROZ, *Direitos fundamentais* 209 nota 93, e 212-213.

Esta posição está patente nos [projectos de lei n.º 14/XI](#), apresentado pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda; e [n.º 24/XI, apresentado pelo grupo parlamentar “Partido Ecologista “Os Verdes”](#)”.

Para uma síntese dos argumentos da segunda posição, Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 283-286 (também nas p. 58-67, 70-80, 166, 189-193, 197-199, 216-219).

Dubitativa é a posição de Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 2.ª ed. reimpr., Lisboa: AAFDL, 2009: Introdução, 11.3, I, p. 107-108, Parte III, Cap. I, 3.1, II, pgs. 408-409. Reitera a dúvida em IDEM, *O Direito da Família contemporâneo. Lições*, 3.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2010: Introdução, 11.3.I, p. 113).

Todavia, a solução proposta “*de iure condendo*” - numa outra obra - não é a do “alargamento” do casamento a pessoas do mesmo sexo, mas de pendor intermédio: a criação de um novo instituto (que poderia ser designado como “parceria de vida”). Cfr. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Ensino do Direito da Família contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008, 80.

Precedente judicial foi a decisão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, ao julgar a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo inconstitucional, por violação do princípio da igualdade (por 5 votos contra 4). Antes disso, cfr. a resenha jurisprudencial, no artigo de António de ARAÚJO, “Saindo do armário, mas (ainda) por atrás da porta: o estatuto jurídico dos homossexuais e a decisão ‘Lawrence V. Texas’”, *Lex Familiaris*, 2/3 (2005) 39-80.

No Acórdão Schalk e Kopf, de 24 de Junho de 2010, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem inclina-se levemente para a segunda posição, ao invocar o art.º 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, admitindo que a aplicação do art.º 12.º não podia continuar a limitar-se ao casamento entre pessoas de sexo diferente. Todavia, o Tribunal acentuou que não se poderia substituir ao juízo das autoridades nacionais, que estão melhor colocadas para conhecer e responder às necessidades da sociedade. *Apud* Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 301-302: anotação ao art.º 12.º.

No plano extra-jurídico, saliente-se o estudo de Antropologia da autoria de Miguel Vale de ALMEIDA, *A chave do armário. Homossexualidade, casamento e família*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009; bem como a obra colectiva *Dia C. Casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Lis-

### iii) Numa terceira hipótese, a matéria não seria “regulada pela Constituição”<sup>6</sup> (Gomes Canoti-

boa: Estampa, 2012, com textos de Paulo Côrte-Real, Fernanda Cândia, Helena Pinto, Heloísa Apolónia, Isabel Fiadeiro Advirta, Isabel Moreira, Margarida Faria e Miguel Vale de Almeida.

<sup>6</sup> A fundamentação desta posição é singela. Porém, ela veio a acolhida pela Jurisprudência constitucional e paulatinamente por Doutrina vária: “O alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de pleno para o “casamento entre pessoas do mesmo sexo”. (...) a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como alguns querem a partir da nova redacção do art.º 13.º, n.º 2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros).” Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 568: anotação ao art.º 36.º, XI.

Esta posição foi adoptada pelo [Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, Processo n.º 779/07, 1.ª Secção, ns. 10, 13, 14](#). Resumo em Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2009”, 428-433: haveria uma legitimação do “conceito configurado pela lei civil”, não tendo, porém, o legislador constitucional imposto “ao legislador ordinário a obrigação de legislar no sentido de passar a ser permitida a sua celebração por pessoas do mesmo sexo”. Em face da definição de casamento do art.º 1577.º do CC, seria “ainda possível encarar este último como uma união completa entre um homem e uma mulher orientada para a educação conjunta dos filhos que possam ter” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2009, n.º 12). “Se se entender o casamento como uma instituição social que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade, pode fazer sentido reservar o casamento aos casais heterossexuais.” *Ibidem*, n.º 14.

Ao concluir o seu brilhante estudo em defesa do “não” ao casamento entre pessoas do mesmo sexo - em contradição, pelo menos aparente, com os argumentos expendidos inteiramente, na última página —, Miguel Nogueira de Brito invertia o sentido defendido antes: o conceito de casamento na Constituição “é, não apenas um daqueles que admitem diversas conformações legislativas, dentro de certos limites (...), mas também um conceito que admite diversas concepções políticas, éticas ou sociais (designando-o como “casamento-comporta” (ínfira, rejeitamos esta ideia), conceitos que, segundo Böckenförde, “asseguram e mantêm a necessária conexão entre Direito e realidade social. (...) Nessa conformidade, considerar inconstitucional uma norma legislativa que consagre o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria uma norma com escasso apoio na Constituição, tal como o é consideraras inconstitucional a norma que Constituição que o exclui. A opção entre os argumentos políticos acima expendidos (...), que podem justificar a concepção abrangente ou complexa de casamento defendida por” Miguel Nogueira de Brito, “ou a sua alteração, cabe antes de mais ao legislador. Nessa medida, teremos sempre, em qualquer caso, o casamento que merecermos.” Esta é a frase com que Nogueira

lho / Vital Moreira, e Acórdão n.º 359/2009 do TC). A definição e densificação da heterossexualidade caberiam ao Legislador ordinário, não sendo esse elemento essencial definido na Constituição.

O “princípio heterossexual” estaria ínsito ao vínculo matrimonial, “sendo legítimo que os poderes públicos outorguem uma situação de privilégio às relações familiares derivadas do casamento”<sup>7</sup>.

Em coerência, a “limitação” do casamento a uniões heterossexuais não comporta um tratamento discriminatório<sup>8</sup>; o princípio da igualdade não é violado.

de BRITO remata o seu escrito, “Casamento civil e dignidade dos homossexuais”, 59(n).

No entendimento da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “o art.º 12.º confere aos Estados contratantes uma margem de apreciação que lhes permite não só proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como consagrar solução oposta” (Acórdão *Parry v. Reino Unido*, de 28 de Novembro de 2006, ponto III-B, e Acórdão *R. e F. v. Reino Unido*, ponto III-B); anteriormente, Acórdão *Rees v. Reino Unido*, de 24 de Janeiro de 1986, A 106, pg. 19, § 49, nos termos do qual os Estados “podem” proibir os casamentos entre pessoas do mesmo sexo (sem prejuízo de alguma incongruência, pois se afirmava que o direito ao casamento era o de duas pessoas de sexo diferente). Esta posição foi reiterada posteriormente.

Em anotação do “Praesidium” ao art.º 9.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (de 2000), menciona-se: que “Este artigo não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões de pessoas do mesmo sexo. Este direito é, pois, semelhante ao previsto pela CEDH, mas o seu âmbito pode ser mais alargado, sempre que a legislação nacional o preveja.”

Aderindo aparentemente à solução, António Frada de SOUSA, “Celebração de casamentos homossexuais por estrangeiros em Portugal — uma singularidade portuguesa”, *Lex Familiae*, 7/13 (2010) 38-39.

Defendendo esta terceira posição, Tomadas de posições do Provedor de Justiça, processo n.º R-170/02 (A6), de 25 de Julho de 2003, par. 14; e em tomada de posição posterior, de 2005.

O Acórdão do Tribunal Constitucional sul-africano, *apud Ac. do TC n.º 359/2009*, n.º 7.3, referiu que, embora “os principais textos de Direito Internacional” protejam o casamento “enquanto união entre um homem e uma mulher”, isso “não significa necessariamente a exclusão das uniões homossexuais da instituição” — *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others*, 2006 (1) SA 524 (CC), §§ 99 a 105, *apud Duarte SANTOS, Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 218.

<sup>7</sup> Auto n.º 222/19994, de 11 de Julho de 1994, do TC espanhol — *apud Duarte SANTOS, Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 172, nota 344.

<sup>8</sup> Neste sentido, por exemplo, *Dictámenes del Consejo de Estado* espanhol n.º 26828/2004, de 16 de Dez., n.º III C — *apud Duarte SANTOS, Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 171; e Auto n.º 222/1994, de

Todavia, o Legislador poderia “ir mais longe”, estendendo o regime ou, noutros termos, estabelecendo um regime “de equiparação, através do qual os conviventes homossexuais possam chegar a beneficiar dos plenos direitos e benefícios do matrimónio”<sup>9</sup>.

O “subdireito” de contrair casamento civil, por parte de pessoas do mesmo sexo, seria, pois, uma benesse por parte do Legislador<sup>10</sup>, como se pudesse ser configurado como uma faculdade descartável do direito a contrair casamento.

Para a terceira posição, teríamos a seguinte equação:

“princípio heterossexual” do casamento; enquanto conceito histórico, como união entre pessoas de sexo diferente (Gomes Canotilho / Vital Moreira)

+possibilidade eventual de “alargamento” ou de “equiparação”, por parte do Legislador, do mesmo instituto do casamento, a pessoas do mesmo sexo

iii) Regista-se, todavia, uma variante desta terceira posição: aqueles que, embora afirmando que existe a possibilidade de opção, frisam a inconveniência, “*de jure condendo*”, em proceder a essa equiparação.

Reconhece-se, pois, que a pura e simples “extensão” ou “equiparação” do casamento não seria o modelo mais desejável.

É a segunda posição adoptada pelo Professor Rui Medeiros<sup>11</sup> e a do Conselho de Estado

11 de Julho de 1994, do TC espanhol — *apud IDEM, Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 171-172, nota 344.

<sup>9</sup> Auto n.º 222/19994, de 11 de Julho de 1994, do TC espanhol, § 2.º - *apud Duarte SANTOS, Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 290, nota 610.

<sup>10</sup> Conforme se procurará demonstrar (*infra*).

<sup>11</sup> Rui Medeiros, dando o seu assentimento genericamente ao Acórdão do TC n.º 359/2009, in “Artigo 36.º”, in Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 812; VI, e 820: XIII, alterando a posição da 1.ª edição (cfr. XIII, p. 820-821).

espanhol<sup>12-13</sup>.

iv) Uma quarta posição, encetada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 121/2010<sup>14</sup> — não isenta de contradição, pois invoca o princípio da igualdade<sup>15</sup> —, não obstante partilhar um fundo comum com a terceira posição<sup>16</sup>, tem alguns aspectos inovadores em relação à terceira posição:

a) Nos domínios do casamento e da família a realidade social está em assinalável e acelerada mudança, com os reflexos jurídicos e as variadas respostas, no problema” decidendo<sup>17</sup>;

b) Todavia, enceta uma definição mínima do casamento, como “instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas

pessoas, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social”, que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico<sup>18</sup>.

Note-se que se trata apenas de definir apenas um “elemento estruturante do conceito de casamento”, ou seja, o “estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas”<sup>19</sup>;

c) Todavia, não definindo a Constituição “o perfil dos elementos constitutivos do instituto a que o n.º 1 do artigo 36.º se refere”<sup>20</sup>, “[o] conceito constitucional de casamento é um *conceito aberto*, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria”<sup>21</sup>; a Constituição portuguesa é mais favorável à intervenção do legislador (...) do que outras congéneres, na medida em que coloca a essa interpretação menos obstáculos textuais”<sup>22</sup>;

d) A diversidade sexual não é um “elemento estruturante do conceito de casamento”<sup>23</sup>; isto é, não pertence ao conteúdo essencial do respectivo direito;

e) A concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade seria flexível, não es-

<sup>12</sup> *Dictámenes del Consejo de Estado* espanhol n.º 26828/2004, de 16 de Dez., n.º III C — *apud* Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 171 e 346.

<sup>13</sup> Aparentemente também neste sentido, Carla Amado GOMES, “Filiação, adopção e protecção de menores — quadro constitucional e notas de jurisprudência”, in *IDEM*, *Textos dispersos de Direito Constitucional*, Lisboa: AAFDL, 2011, 212 (nota 49), 227 (nota 72).

Em França, também o acórdão da “Cour de cassation” (civ.) (I, 13 de Março de 2007, Dalloz, 2007, p. 1394), *apud* Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, “Réflexions sur l’avenir du mariage en Europe à la lumière d’un arrêt récent de la Cour de cassation”, in Tobias HELMS / Jens Martin ZEPPELNICK, Hrsg., *Lebendiges Familienrecht. Festschrift für Rainer Franke zum 70. Geburtstag am 14. Juli 2008*, Francoforte sobre o Meno: Verlag für Standesamtswesen, 2008, 121.

<sup>14</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, Processo n.º 192/2010. Resumo em Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, *O Direito*, 143/1 (2011) 169-176.

<sup>15</sup> Contradição patente, ao misturar a argumentação do princípio da igualdade, na passagem em que refere: “no aspecto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material. Na verdade, é razoável que o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social anti-discriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento.” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 25).

<sup>16</sup> Designadamente nestes aspectos:

i) A insistência na Constituição “em branco” e na consequente liberdade de conformação do legislador ordinário;

ii) “[A] vinculação do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa”. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 25, seguindo Gomes Canotilho / Vital Moreira.

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 21.

<sup>18</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

Por seu turno, a família consistiria no “espaço de realização interpessoal, coabitação, mútua assistência e contribuição para as necessidades comuns com vista à plena realização pessoal” - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 23.

<sup>19</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

<sup>20</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

<sup>22</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

<sup>23</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22: “se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento”.



tando “vedado ao legislador conferir a esse modo de livre desenvolvimento da personalidade [uniões entre pessoas do mesmo sexo] a forma vigente para tutela das relações entre pessoas de sexo diferente”<sup>24</sup>.

v) Margarida Silva Pereira considera que, “[o] casamento homossexual, uma vez legislado e aplicado sem perturbação, não deverá em boa técnica ser proibido”<sup>25</sup>, rejeitando assim a 4.ª posição, do Tribunal Constitucional.

Sem prejuízo de a Lei n.º 9/2010 derivar de “factores circunstanciais”<sup>26</sup>, a Autora considera que se trata de um “direito já adquirido”<sup>27</sup>.

Sublinhando a “polivalência do conceito de família”<sup>28</sup>, “[o] casamento homossexual não é a “casa jurídica” da família homossexual, mas é uma forma de significar quem pretende construir vida comum e é homossexual. Aceitá-lo é uma atitude de tolerância social e jurídica.”<sup>29</sup>.

Ora, introduzir uma alteração no ordenamento que viesse a excluir tal «direito adquirido» não seria acertado, uma vez que “este casamento” (entre pessoas do mesmo sexo) tem “uma aceitação pacífica na sociedade portuguesa”<sup>30</sup>.

Assim, o processo revogatório “ameaçaria muito mais do que favoreceria o equilíbrio da família”<sup>31</sup>.

A Autora rejeita a 2.ª posição, segundo a qual

<sup>24</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 22.

<sup>25</sup> Margarida Silva PEREIRA, *Direito da Família. Elementos de estudo*, Lisboa: AAFDL, 2014, 166.

<sup>26</sup> Cfr. Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 169.

<sup>27</sup> Cfr. Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 166.

<sup>28</sup> Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 169.

<sup>29</sup> Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 167.

<sup>30</sup> Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 166.

<sup>31</sup> Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 166. A Autora justifica que “muitas destas famílias” homossexuais “têm crianças a seu cuidado. Trazer a insegurança a um espaço que entretanto se reconheceu como legítimo seria um mau serviço prestado pelo Direito”. Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 167.

o casamento entre pessoas do mesmo sexo se louvaria no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>.

vi) José de Melo Alexandrino parte do casamento como instituto constitucionalmente protegido pelo art.º 36.º, n.º 2, rejeitando assim uma leitura isolada do art.º 13.º, n.º 2, desprezando a complexidade do casamento (isto sem prejuízo de, diversamente de outros textos constitucionais, como o brasileiro, explicitar, logo no enunciado, que o casamento é entre um homem e uma mulher). Considera-se assim que o art. 13.º, n.º 2, é uma regra geral que é afastada por uma regra especial que consagre ou admita uma solução diferenciadora; neste caso, com a norma que admite diferenciação, o art.º 36.º, n.º 2 que, dada a cunhagem do casamento dada pelo Legislador, no sentido da heterossexualidade, inculca para todos os efeitos uma regra especial, que afasta a regra geral do art.º 13.º, n.º 2.

Todavia, esta situação pode ser alterada através de “uma revisão constitucional, que remova da Constituição as regras [especiais] do art.º 36.º, n.º 1 e 2 [face à regra geral do art.º 13.º, n.º 2], ou mediante a atribuição ao legislador (através de acto eleitoral onde esse compromisso seja expressamente assumido ou, ainda, através de uma decisão referendária vinculativa de sentido afirmativo), da legitimidade política para modificar a configuração tradicional do casamento como instituto jurídico no ordenamento português, nessa sua parte medular”<sup>33</sup>.

vii) Registam-se ainda obras que não tomam po-

<sup>32</sup> Silva PEREIRA, *Direito da Família*, 169.

<sup>33</sup> José de Melo ALEXANDRINO, *Elementos de Direito Público lusófono*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, § 1.º, p. 38-39 (nota 121) (v. também 21-22, 38-39) (= IDEM, “Como ler a Constituição — Algumas coordenadas”, in Jorge MIRANDA *et al.*, org., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, volume III, Coimbra: Almedina, 2010, 518 (nota 121) (v. também p. 508, 517-518).

sição sobre o assunto<sup>34</sup> ou que, em alternativa, aceitam ou, pelo menos, não questionam a solução legal<sup>35</sup>.

Procederemos a uma análise dogmática, à luz da CRP, independentemente de se poder considerar, com razão, que outras fontes, como as normas costumeiras de *Ius Cogens* (em estreita ligação com a tradição e os elementos da História do casamento), regulam a questão<sup>36</sup>.

Neste artigo, daremos apenas a nossa opinião; ou seja, delinearemos a *pars construens* do nosso raciocínio.

Não procederemos à análise dos argumentos das posições que não perfilhamos, designadamente à análise do argumento do princípio da igualdade<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Por exemplo, Jorge Duarte PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, 327-330: Parte III, 3.1; IDEM, “O estatuto do cidadão homossexual no Direito da Família e das Crianças - O lugar de Portugal no movimento internacional”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 552-356.

<sup>35</sup> É o caso do Professor Guilherme de Oliveira, na recente 5.ª edição do Manual: “se é verdade que o casamento católico continua a ter como característica a heterossexualidade, já não pode dizer-se o mesmo acerca do casamento civil”. Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, I: Introdução. Direito matrimonial*, 241.

<sup>36</sup> V. Ivo Miguel BARROSO, “A heterossexualidade como característica ‘sine qua non’ do conceito de casamento, à luz do ‘Ius Cogens’”, *Lex Familiae*, 10/17 (2013) 27-50.

Aí, defendemos desenvolvidamente que, do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, resulta necessariamente a heterossexualidade do casamento.

Se uma norma constitucional contradisser a norma “*iuris cogenitis*”, sucederá um fenómeno de ilegalidade “*sui generis*”. À luz da teoria monista, com primado do Direito Internacional, a norma constitucional será inválida. Porém, adoptando uma teoria dualista, não é descabido empreender uma análise “*a se*” do preceito da Constituição interna.

A evolução dos quadros juspositivos de cada ordenamento jurídico está longe de ser totalmente linear.

É certo que há vários Estados que consagraram o chamado “casamento entre pessoas do mesmo sexo” na sua legislação interna, derrogando o artigo 16.º, n.º 1, da DUDH. Só o futuro ditará saber se a derrogação ao segmento de norma, constante do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem é algo de pontual e esporádico; ou se, ao invés, haverá uma desaplicação generalizada e a formação de uma norma costumeira em sentido contrário ao sentido que resulta do segmento que resulta do n.º 1 do artigo 16.º da DUDH.

<sup>37</sup> Quanto à análise das posições da Jurisprudência constitucional, procedemos à crítica das mesmas — remetemos para BARROSO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 57-82.

## Preliminares

### O contributo da Declaração Universal dos Direitos do Homem para a interpretação da expressão “Todos”, do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa

Independentemente da solução que resulte do Direito Internacional Público (designadamente do *Ius Cogens*), a análise que empreenderemos não leva em linha de conta uma eventual interpretação do enunciado constitucional em conformidade com normas *iuris cogenitis*.

Averiguaremos qual a solução que resulta da CRP, tomada isoladamente, independentemente da superioridade das fontes supraconstitucionais.

Com efeito, o *Ius Cogens* é considerado por alguma Doutrina como subsidiário, pelo que haverá interesse em averiguar se a CRP consagra uma solução idêntica, harmónica ou discrepante com as fontes supraconstitucionais.

As disposições da Constituição-norma relativas a direitos fundamentais, como é o caso do artigo 36.º, devem ser interpretadas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme a injunção do artigo 16.º, n.º 2<sup>38</sup>.

Antes da operação interpretativa, existe apenas um fragmento da Constituição-enunciado. Para que uma ou mais normas constitucionais sejam ob-

<sup>38</sup> Para um desenvolvimento sucinto sobre este aspecto, cfr. Ivo Miguel BARROSO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, in Jorge Bacelar GOUVEIA / Francisco Pereira Coutinho, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coord., Lisboa: Quid Juris, 2013, 100-102.

A opinião dominante na Doutrina é literalista (neste sentido, por exemplo, afirmando que, “havendo dúvidas sobre o sentido a dar a normas que enunciem direitos fundamentais na Constituição instrumental, estas devem ser elucidadas de acordo com o sentido decorrente das disposições da Declaração”. Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional, T. I. Vol. 2: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 48.

tidas, haverá que lançar mão de todos os elementos interpretativos tradicionais, bem como dos princípios constitucionais.

A especificidade da interpretação dos preceitos da Constituição é o de que haverá que cotejar o enunciado da CRP, o elemento literal, com o elemento hermenêutico comparativo<sup>39</sup> da Declaração Universal.

Só depois virão os outros restantes elementos de interpretação.

Antes da operação interpretativa, existe apenas uma formulação da Constituição-enunciado (ou “Constituição-texto”). Para que uma ou mais normas constitucionais sejam obtidas, haverá que lançar mão de todos os elementos interpretativos, bem como dos princípios constitucionais.

A especificidade da interpretação dos preceitos da Constituição é a de que haverá que cotejar o enunciado da CRP, o elemento literal, com o elemento hermenêutico comparativo<sup>40</sup> da DUDH.

Só depois virão os outros restantes elementos de interpretação.

Cotejando a positivação do direito a contrair casamento, constante do art.º 36.º da CRP, e o art.º 16.º da DUDH, chegamos ao seguinte quadro:

	CRP	DUDH
Titularidade	“Todos”	“o homem e a mulher”
Capacidade matrimonial <sup>1</sup>	—	“A partir da idade núbil” <sup>2</sup>
Acordo para a celebração	—	“o livre e pleno consentimento dos futuros esposos” <sup>3</sup>
direito especial de igualdade na celebração do casamento	“em condições de plena igualdade” <sup>4</sup>	“sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”
direito especial de igualdade na constância do matrimónio <sup>5</sup>	“Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.” <sup>6</sup>	“Durante o casamento (...), ambos têm direitos iguais”
dissolução	Reenvio para a lei: “A lei regula os efeitos (...) da sua dissolução” <sup>7</sup>	direito especial de igualdade aquando da dissolução: “na altura da (...) dissolução, ambos têm direitos iguais” <sup>8</sup>

67

## 1. A Constituição Portuguesa define o conceito de casamento como necessariamente heterossexual

O inciso “Todos têm o direito (...) de contrair casamento”, constante do art.º 36.º, n.º 1<sup>41</sup>, deverá

<sup>39</sup> Elemento interpretativo novo, teorizado por Peter HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpr. 2002 (original: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, 1975); Rafael Caiado AMARAL, *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional. Alcance doutrinário*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

<sup>40</sup> Segundo Peter HÄBERLE, “Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen” (in „Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem «zeit-gerechten» Verfassungsverständnis“, originariamente publicado in *Zeitschrift für Politik*, 1974, 111-137, republicado in Ralf DREIER / Friedrich SCHWEGMANN, Hrsg., *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden: Nomos, 1976, 313).

<sup>41</sup> Alguns Autores sublinham que, ao contrário do que uma leitura apressada e literalista do art.º 36.º, n.º 1, da CRP possa inculcar, “nem “todos” têm o direito de contrair casamento, como é óbvio” (Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2000, reimpr. ed. de 1992, 97-98, n. 162), “sob pena de se adulterar por completo o pensamento do legislador constitucional” e de tornar inconstitucionais os impedimentos matrimoniais (José João Gonçalves de PROENÇA, *Direito da Família*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2004, 95; Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 1, 112).

Geraldo da Cruz Almeida, *Da união de facto. Convivência ‘more uxorio’ em Direito Internacional Privado*, Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, 176, nota 353, aduz o elemento sistemático da conjugação do n.º 1 com o n.º 2 do art.º 36.º.

Assim, não é verdade que “[o] Direito não” tenha “uma resposta consensual que permita diferenciar entre casamentos (...) heterossexuais, bestiais, pedófilos, incestuosos” (contra, cfr. Jónatas MACHADO, “A (in)definição do casamento no Estado constitucional”, in *Guilher-*

ser interpretado à luz do art.º 16.º, n.º 1, 1.ª parte, da DUDH<sup>42</sup>: “o homem e a mulher têm o direito de casar (...)” entre si, reciprocamente.

Analiticamente daqui resulta o seguinte:

- i) “todos”, homens e mulheres, têm o direito de casar livremente<sup>43</sup>;
- ii) Só há casamento quando contraído entre homem e mulher<sup>44</sup>;
- iii) Ou seja, “todos” não pode significar “casamento” de homens com homens ou de mulheres com mulheres<sup>45</sup> — significa, sim, casamento de um homem com uma mulher<sup>46</sup>.

O elemento literal da DUDH — “o homem e a mulher” — não está referido no art.º 36.º, n.º 1.

Porém, em virtude da norma que estende a força da Constituição-norma, do ponto de vista do resultado final da interpretação jurídica, tudo funciona como se aí estivesse *ab initio* (cfr. art. 16.º, n.º 2).

Quando há um sucesso interpretativo, o art.º 16.º, n.º 2, da CRP faz com que haja um laço incidível entre a Constituição portuguesa e a DUDH<sup>47</sup>. Esta “entrelaça-se” com revelação do sen-

tido da disposição da Constituição-enunciado, por via interpretativa.

A nosso ver, afigura-se metodologicamente claudicante tomar isoladamente a parcela de um enunciado (“*Todos*”), como se fosse o fragmento da norma. Isso, para além de contrariar o princípio da unidade da Constituição. Parafraseando Peter Häberle, esse inciso não existe enquanto tal; existe apenas como parte da norma jurídica interpretada<sup>48</sup>.

### 1.1. Julga-se poder ir mais longe:

O apuramento do «conteúdo essencial dos preceitos constitucionais» dos direitos, liberdades e garantias, por via interpretativa, é realizado tendo como elemento preferente a DUDH.

Fundamentamos esta asserção no lugar paralelo “preceitos constitucionais”, utilizada nos artigos 16.º, n.º 2, e 18.º, n.º 3, da CRP.

Raciocinar de outra forma não daria sentido a esse “lugar paralelo”.

É certo que o papel no apuramento do conteúdo essencial não é a única função da DUDH face às disposições da Constituição instrumental. O que se afirma é que a DUDH tem um papel relevante nesse plano.

Repare-se, assim, como as expressões “Todos” do art.º 36.º, n.º 1, e “em condições de plena igualdade”, do mesmo número, terão de ser interpretados em conformidade com a DUDH; ou seja, no sentido de o conteúdo essencial da titularidade entrecruzada estar circunscrita ao homem e à mulher, reciprocamente.

Em conclusão, “o homem e a mulher” diverge

do mesmo sexo”, 65-66.

Todavia, mesmo aqui, não é de enjeitar também a regulação da Declaração Universal (art.º 16.º, n.º 2), ao prescrever o princípio da igualdade, aquando da dissolução.

<sup>48</sup> Conforme se aduziu *supra*, HÄBERLE, “Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen”, 313.

me de OLIVEIRA / Jónatas MACHADO / Rosa MARTINS, coord., *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 23.

Desde logo, a heterossexualidade e a idade núbil são impostas pela DUDH (art.º 16.º, n.º 1).

Em relação aos casamentos incestuosos, se é verdade que civilizações históricas que aceitavam a endogamia (como a civilização egípcia), existem valores constitucionais de tutela da pessoa humana que a precludem.

<sup>42</sup> Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, 178, alude a “sentido sistemático integrador”.

Com o devido respeito, discordamos, pois cremos tratar-se de interpretação, não de uma operação de integração de lacunas.

<sup>43</sup> Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, 178.

<sup>44</sup> Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, 178.

<sup>45</sup> Em sentido diverso, Jorge Bacelar Gouveia, em Conferência proferida no ISMAT, de Faro.

<sup>46</sup> Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, 178.

<sup>47</sup> É certo que a CRP remete os requisitos do casamento para a lei ordinária (cfr. art.º 36.º, n.º 2). V. BARROSO, “Casamento entre pessoas

de todas as restantes formas *standard* de enunciados deônticos<sup>49</sup>.

O 16.º, n.º 1, da DUDH é uma norma que especifica que homem e mulher têm a “competência” de contrair casamento<sup>50</sup> entre si.

Qual a importância para a noção de casamento?

Para além de ter como objecto de protecção comportamentos interconjugados, frisa-se que eles sucedem entre homem e mulher.

**1.a).** Poder-se-ia também acrescentar o argumento segundo o qual, em Portugal, a noção actual de casamento não é compatível com uma união de pessoas do mesmo sexo<sup>51</sup>. “Admitir o contrário seria atentar contra o sentido comum, que é o que ficou plasmado na ordem legal portuguesa”<sup>52</sup> (no sentido de Direito positivo).

**1.2.** Ao contrário do que a segunda posição — que considera que o princípio da igualdade exige que o Legislador consagre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de inconstitucionalidade material<sup>53</sup> — e, ao que parece, a terceira posição (adoptada pelo TC, no Acórdão n.º 359/2009)<sup>54</sup>, pressupõem, a exigência de celebração do casamento entre homem e mulher não se trata de uma restrição a um direito fundamental<sup>55</sup>; trata-se, sim, da delimitação

do âmbito normativo<sup>56</sup>.

Por isso, a argumentação em favor do princípio do tratamento mais favorável não se justifica nesta questão<sup>57</sup>.

**1.3.** O resultado interpretativo a que chegamos é confirmado pelo princípio interpretativo da unidade da Constituição<sup>58</sup>.

É que a Constituição deve ser encarada na sua globalidade<sup>59</sup>; neste caso, com arrimo ao art.º 16.º, n.º 2, que alumia o sentido do art.º 36.º, n.º 1; e também tendo em conta os bens jurídicos protegidos do casamento, da maternidade e da paternidade, como elementos essenciais para a própria preservação da espécie (*infra*).

Como Konrad Hesse postula, da interdependência das partes da Constituição decorre que o olhar do intérprete não se deve dirigir para uma norma isolada, mas sempre para o sistema de conexões em que a mesma se encontra<sup>60</sup>, conseguindo desde modo duas mais-valias: i) evitar as contradições (antinomias, antagonismos) com outras normas constitucionais<sup>61</sup>; ii) manter a sintonia com as decisões fundamentais da Constituição<sup>62</sup>.

69

<sup>56</sup> Ainda que se considerasse uma restrição — raciocínio que não acompanhamos —, ela seria autorizada expressamente pela Constituição (art.º 18.º, n.º 2, 1.º inciso), interpretada à luz da DUDH.

<sup>57</sup> Diversamente do que o TC defendeu, no Acórdão n.º 121/2010.

<sup>58</sup> Este princípio, a par de outros, foi teorizado por Konrad Hesse, tendo tido acolhimento doutrinário.

<sup>59</sup> J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 1223.

<sup>60</sup> KONRAD HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ed. Sergio Fabris, 1998 nota 71. Aludindo à necessidade de interpretar a Constituição como “um todo orgânico”, Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, I, 5.ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, 178.

<sup>61</sup> Também neste sentido, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1223.

<sup>62</sup> HESSE, *Elementos de Direito Constitucional*, 63-64, nota 71; José de Melo ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição. Algumas coordenadas”, in Jorge MIRANDA *et. al.*, org., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, 516.

<sup>49</sup> Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 37 (original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986).

<sup>50</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 206, nota 168.

<sup>51</sup> Oliveira ASCENÇÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 183.

<sup>52</sup> Oliveira ASCENÇÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 183, n.º 3.

<sup>53</sup> V. BARROSO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 58.

<sup>54</sup> Cfr. BARROSO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 63-68.

<sup>55</sup> Em sentido contrário do que a segunda posição defende, bem como Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 294.

1.4. Ainda se poderia acrescentar o elemento histórico, de os constituintes terem pressuposto a heterossexualidade como elemento constitutivo do conceito de casamento<sup>63</sup>.

Em nosso entender, porém, não cabe insistir, no contexto do presente escrito, no elemento genético; isto é, de os constituintes, ao aprovarem a Constituição, terem pressuposto a heterossexualidade na celebração do casamento-acto e no casamento “*in fieri*”<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Nesta linha, Freitas do AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, 257: “No presente caso, porque a extensão do conceito de “casamento às uniões homossexuais corresponderia a uma “mudança histórica” do próprio conceito de casamento (...) não estaríamos perante uma simples interpretação actualista da concepção milenar do casamento, mas perante um actualismo activista que se arrogaria poderes de natureza legislativa, que nenhum tribunal pode ter”; Manuel da Costa Andrade: a definição de casamento da Constituição “está vinculada a uma certa concepção de casamento [heterossexual]” (jornal *í*, 17 de Dezembro de 2009); Benjamin Rodrigues, declaração de voto junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 6; Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 336-337, 341.

Em sentido contrário, desvalorizando este argumento, o aresto do TC refere: “não houve qualquer opção deliberada na matéria que agora nos ocupa no sentido de proibir a evolução da instituição matrimonial. O problema era político-juridicamente desconhecido, pelo que o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas (...)” (Acórdão do TC n.º 121/2010, n.º 18) (embora refira, a nosso ver erroneamente, que o elemento subjectivo deve ser “mobilizado com” cautelas na interpretação constitucional, quando, ao invés, a nosso ver, o elemento subjectivo tem maior importância na interpretação das disposições da Constituição do que nas da lei ordinária).

<sup>64</sup> Aspecto salientado por Freitas do AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, *passim*. Com efeito, alguns Projectos de Constituição referiam-no expressamente:

a) “O casamento consiste na união voluntária de um homem e uma mulher com o fim de constituírem legitimamente a família.” (*Projecto de Constituição apresentado pelo Movimento Democrático Português (MDP/CDE)*, Suplemento ao número 16, 24 de Julho de 1975, in *Diários da Assembleia Constituinte. 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976*, volume I, Assembleia da República, Lisboa, 1995 (original: *Diário da Assembleia Constituinte*, 1975), p. 358-(25), art. 24.º, n.º 2);

b) Ainda mais próximo do art. 16.º, n.º 1, da DUDH, o Projecto de Constituição apresentado pelo PPD preceituava: “Os homens e as mulheres, a partir da idade núbil, têm direito, sem qualquer restrição por motivos de raça, cidadania ou religião, de casar e constituir família (...)” (*Projecto de Constituição apresentado pelo Partido Popular Democrático*, Suplemento ao número 16, 24 de Julho de 1975, in *Diários da Assembleia Constituinte. 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976*, vol. I, Lisboa: Assem-

É certo que os constituintes de 1976 tiveram apenas em mente o casamento entre pessoas de sexo diferente e, daí, uma interpretação de pendor subjectivista ou, noutra perspectiva, historicista<sup>65</sup>.

Sem prejuízo do relevo da tradição, não insistimos muito nestes argumentos<sup>66</sup>.

É que o pressuposto da heterossexualidade é inferido de dados objectivos do sistema, com um grau bem maior de segurança, do que o do elemento genético de interpretação.

O ponto que se pretende aclarar é que a inter-

bleia da República, 1995 p. 358-(73), art. 26.º, n.º 1, 1.ª parte) (original: *Diário da Assembleia Constituinte*, 1975).

<sup>65</sup> Ao que acresce que o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, ao declarar expressamente em vigor o art.º 25.º, 1.º par., da Concordata, ser muito pouco anterior à Constituição de 1976. “É de presumir que os constituintes tenham tido a consciência da existência dessa norma, e que não tenham querido derrogar unilateralmente uma regra tão importante para as relações entre o Estado Português e a Santa Sé (...)”. Leite de CAMPOS, “Lições de direitos de personalidade”, 204.

<sup>66</sup> Em sentido contrário a raciocínios de índole historicista para a interpretação objectivista da Constituição, Jorge MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2010”, 179 (porém, numa outra obra em co-autoria, o Autor reconhece a força da tradição cristã, na qual a dignidade da pessoa humana radica. IDEM / António CORTÉS, “Artigo 1.º, V”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, 2.ª ed., Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 79-80, apoiando-se designadamente em Martin KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Münster, 2004, 170, e João LOUREIRO, “Pessoa, dignidade e Cristianismo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 682 e 688, sem prejuízo de sublinhar que historicamente “não existe uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana”, seguindo Jorge MIRANDA / António CORTÉS, “Artigo 1.º, V”, t. I, VII, 83.

Com o devido respeito, não podemos concordar.

Sem prejuízo das especificidades da interpretação constitucional, a tradição é uma fonte inarredável de compreensão do Direito. V. Ivo Miguel BARROSO, “Pré-compreensão. Para uma reabilitação adequada dos «preconceitos» na Metodologia das ciências sociais”, in Marcelo Rebelo de SOUSA *et al.*, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Vol. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, 28-30 (posição de Gadamer, que criticamos; expomos a nossa posição nas p. 31-33). Neste sentido, comparando o *pensamento jusprivatístico continental e anglo-saxónico*, José de Sousa e Brito deduz uma característica essencial da Hermenêutica jurídica: “o Direito a descobrir tem de ser procurado na totalidade da tradição jurídica — e não a partir de uma fonte supra-positiva não-histórica — e isto necessariamente”, José de Sousa e BRITO, “Hermenêutica e Direito.” in IDEM, *Filosofia do Direito e do Estado. Elementos de Estudo coligidos por José de Sousa e Brito para uso exclusivo dos alunos da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1987).

pretação actualista não se trata apenas de um aspecto inerente ao elemento histórico, mas de algo que decorre, já de si, da própria interpretação do preceito.

### 1.5. A impossibilidade de proceder a uma interpretação evolutiva ou mesmo actualista

Não se afiguraria possível tentar fazer *uma interpretação evolutiva* do art.º 16.º, n.º 1, da DUDH, pois tal colidiria inapelavelmente com a sua letra.

“A plasticidade dos conceitos constitucionais não pode ser irrestrita, tendo limites que decorrem da sua própria noção, semântica e institucional, que a Lei Fundamental acolheu, sob pena de, a não ser assim, a força normativa e vinculativa” da Constituição-norma “ser irremediavelmente posta em causa”<sup>67</sup>.

Parafraseando Marcello Caetano, a interpretação evolutiva nunca pode servir para “malabarismos” ou para justificar o arbítrio dos intérpretes<sup>68-69</sup>.

Nem sequer se vislumbraria essa possibilidade, a pretexto de uma alegada “interpretação actualista”,

<sup>67</sup> Freitas do AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, 260.

<sup>68</sup> Cfr. Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, t. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 1980, 113.

<sup>69</sup> A interpretação evolutiva foi analisada e foi analisada e rejeitada por Santi ROMANO, *Fragments de un Dictionnaire Juridico, vol. III: Interpretación evolutiva*, Buenos Aires: Europa-América, 1964, 203-213 (original: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1947). Relacionando esta matéria com a necessidade de interpretar tendo em consideração o conjunto do ordenamento, o que deve evoluir, não é a interpretação, mas o ordenamento jurídico que é objecto da interpretação, e é uma transposição errónea referir a esta uma qualidade ou um processo que deve, ao invés, referir-se ao primeiro” (*ibid.* 208). Santi Romano conclui que aquilo a que se chamou interpretação evolutiva é, afinal, evolução do ordenamento, pois as normas estão em estreita relação com a essência da vida institucional, cuja evolução se repercute nelas.

Na mesma linha, segundo Oliveira ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2005, 405: n.º 226. II: “não é correcto falar em interpretação evolutiva. A interpretação é sempre a mesma, e o que varia é o seu objecto” (não obstante, é de notar que estes entendimentos foram criticados por outros Autores, como Emilio Betti).

a pretexto de uma alegada “evolução da sociedade”<sup>70</sup>.

Como, se este é um elemento basilar e constitutivo de todas as sociedades humanas?

### 1.6. A rejeição da interpretação das disposições constitucionais em conformidade com a lei ordinária

Será que o conceito de casamento deverá ser interpretado segundo o disposto no Código Civil até 2010 ou após as alterações impostas pelos artigos 2.º e 4.º da Lei n.º 9/2010, designadamente com a definição constante do art. 1577.º?

Em teoria, a resposta é negativa.

Todavia, na prática, alguns sectores doutrinários admitem o “preenchimento” dos conceitos pré-constitucionais<sup>71</sup> segundo a “tradição”<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> No sentido defendido no texto, Araújo DIAS, “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, 368.

Em sentido diverso, propugnando “*uma interpretação histórico-evolutiva, actualista*”, do art.º 36.º, n.º 1 (mas sem levar em consideração a norma do artigo 16.º, n.º 1, da Declaração Universal), Carlos Pamplona CÔRTE-REAL, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, colab. José Silva Pereira, AAFDL, Lisboa, 2008, 30.

<sup>71</sup> Sobre os conceitos pré-constitucionais, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 550; IDEM, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 410; IDEM / Vital MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 54-55; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, II: Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 327: n.º 67.VI; Jorge Reis NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, 167; Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, Coimbra: Almedina, 2003, 550, 577 s., em particular 567-568 (Autor que considera que este tipo de conceitos contribui para a fragmentação hierárquico-normativa da Constituição formal); IDEM, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra: Almedina, 2010, 193-195: 7.5.2, b), II; IDEM, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, 155: 7.2.4.

<sup>72</sup> Referindo-se ao preenchimento da Constituição segundo a tradição, Walter LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Tübingen: Mohr, 1964, 39, 42.

Admitindo expressamente a tradição como fonte interpretativa, Richard Thoma, *apud* Hermann von MANGOLDT, [J. Die Grundrechte] Vorbemerkungen”, in *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, zweite, neube-

Todavia, em termos metodológicos, este raciocínio é claudicante, pois envolve o risco de um enunciado linguístico da Constituição ser interpretado segundo as leis (que têm valor infraconstitucional)<sup>73</sup>, bem como de acordo com a cadeia de tradição legislativa. Ou seja, a interpretação de conceitos constitucionais em conformidade com a lei ordinária incorre no risco de, ao passar uma espécie de “cheque em branco” ao Legislador ordinário e à Doutrina, haver o perigo de uma “Constituição segundo as leis” (também denominado perigo de “legalidade” ou “legalização” da Constituição<sup>74</sup>); ou seja, uma inversão hermenêutica: a “interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária” (*gesetzeskonform Interpretation*), daí resultando uma leitura “de baixo para cima”<sup>75</sup>.

arb. und verm. Auflage von Dr. Friedrich Klein, Band I, Unveränderter Nachdruck, Berlin: Franz Vahlen, 1966, 118: B XIV.5; também Albert BLECKMANN, *Staatsrecht II — Die Grundrechte*, 3., um die besonderen Grundrechtslehren erweiterte Aufl., Colônia: Carl Heymanns, 1989, 752.

Em sentido contrário, aludindo ao perigo da “constituição segundo as leis”, GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 409.

Em geral, assinalando que a compreensão acertada dos preceitos se esforça por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição; e que a interpretação teleológica e a interpretação histórica se entrelaçam mutuamente, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, 144 (original alemão datado de 1983, Stuttgart).

<sup>73</sup> Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 409.

<sup>74</sup> Cfr. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais*, 167; IDEM, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, 160.

<sup>75</sup> a) Seguimos o que escrevemos em IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2013, 37: Introdução.

Sobre o problema da interpretação da Constituição-enunciado (para uma primeira aproximação deste conceito expressivo que propomos, v. IDEM, “Inconstitucionalidades orgânica e formal da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, que mandou aplicar o ‘Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa’ à Administração Pública e a todas as publicações no ‘Diário da República’”, a partir de 1 de Janeiro de 2012, bem como ao sistema educativo (público, particular e cooperativo), a partir de Setembro de 2011. Inconstitucionalidades e ilegalidades ‘sui generis’ do conversor ‘Lince’ e do ‘Vocabulário Ortográfico do

Português”, *O Direito*, 145/I-II (2013) 148-154, 177, cfr. p. 140, 147, 179) [ou, como é mais conhecida, “Constituição em sentido instrumental” (Jorge MIRANDA, in *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Constituição, 7.ª ed., 2013, 35-37: n.º 6. I e II) ou “Constituição documental” (Jorge Bacelar Gouveia)] em conformidade com a lei ordinária (“gesetzeskonform Verfassungsinterpretation”), v., em especial, REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais*, 158 s.; IDEM, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 1.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, 159-170, 331.

A questão tem sido discutida a propósito dos direitos fundamentais em especial, em que se torna necessário recorrer ao labor de cada ramo de Direito, para obter o significado de um conceito utilizado pela CRP.

No sentido da rejeição liminar e enérgica dessa possibilidade, entre os constitucionalistas, v. Eduardo Correia BAPTISTA, “Os limites materiais e a revisão de 1989”, in Jorge MIRANDA, org., *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 73 (nota 12) (o único Autor que, simultaneamente, rejeita expressamente a figura da Constituição material e a interpretação da Constituição em conformidade com a lei); GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1234, 1230; IDEM, *Constituição dirigente*, 409; IDEM / Vital MOREIRA, “Prefácio”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 7; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção no Direito Constitucional 3/4 entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1998, 1556; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 325-326: n.º 67.V; IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 6.ª ed., Coimbra Editora, 2015, 350: n.º 88.II; IDEM, “O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais”, in IDEM et al., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, 500; Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa. Âmbito de protecção de um direito fundamental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 176-177 e n. 388; numa primeira tomada de posição, Paulo OTERO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição”, in *O Direito*, 3-4 (1990) 604 n. 5; Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade pretérita”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1987, 317.

Entre os civilistas, a resposta é também negativa — v. g., Oliveira ASCENÇÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 183, n.º 6: “Há que proceder (...) à interpretação das leis, colocando no lugar central a Constituição”) e p. 189, n.º 8; PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, 407. Também BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 41.

Em Doutrinas estrangeiras, por exemplo, entre tantos, Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1994, 477 s.; RACIOPPI / I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno, II (Dall’Art. 24 all’Art. 47)*, Turim: Unione Tipografica — Editrice Torinese, 1909, 225 (a propósito da liberdade de reunião). A questão tem sido discutida a propósito de direitos fundamentais em especial (por exemplo, a inviolabilidade do domicílio; no sentido metodológico referido, Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid: Colex, 1993, 83, 85; e sentença do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 3.ª, de 7 de Dez. de 1982,



FJ 2.º, citada *ibidem*; Ignazio faso, *La libertà di domicilio*, Giuffrè, Milão, 1968, pg. 18).

b) Em sentido oposto, admitindo expressamente o preenchimento com “Direito da lei ordinária”, (“Erfüllung aus Gesetzesrecht”), LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze*, 28-29, 42; IDEM, *Gesetzsmäßigkeit der Verfassung*, in *Juristenzeitung*, 1964, 201 s.; Jürgen KNEBEL, *Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit Einwirkung auf die tarifautonome Lohngestaltung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1978, (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 345), 139; Otto MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzsmäßigkeit der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971, (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 162), 31 (aludindo a preenchimento de baixo para cima (“Erfüllung” von unten nach oben”); Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normarität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, (Schriften zur Rechtslehre, Heft 8), 194 s. (em aplicação da notável tese de Rudolf Smend); Roberto BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milão: Giuffrè, 1992, 19 s., *maxime* 23, defendendo este Autor que a transferência dos significados da legislação ordinária para a Constituição potenciar a “normatividade do texto constitucional” (na p. 28); Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, 195: 7.5.2, b), II, (a propósito da inviolabilidade do domicílio, Paolo BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Pádua: Cedam, 1953, 19; IDEM, *Corso di Diritto costituzionale*, 296; IDEM, *La libertà nella Costituzione*, 148 s. — *apud* Ignazio FASO, *La libertà di domicilio*, Milão: Giuffrè, 1968, 19; Roberto BIN, *Diritti e argomenti*, 20).

Admitindo também a inversão da pirâmide normativa por via de remissões implícitas (ou, por vezes, explícitas) para a lei ordinária, cfr. OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, 429-432; IDEM, *Direito Constitucional Português*, I, 72 nota 93: 3.3.3, b), VI; IDEM, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 497: 9.4.2.

c) Em sentido mais matizado, considerando a possibilidade de um “efeito comunicativo recíproco” inevitável entre Constituição e lei, um “sentido bidireccional” (Knebel) decorrente da unidade da ordem jurídica, de uma infiltração da Constituição pela legislação ordinária (LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze*, 203 s.), a uma “imbricação entre “Direito da Constituição” e “Direito da lei” Reis NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais* 167-168; IDEM, *Direitos sociais*, 160, 169, 171, 176); não obstante a posição supra-ordenada da Constituição, na ausência de indicações claras em contrário captadas nesse texto constitucional, o intérprete não pode ignorar o sentido normal e tradicionalmente atribuído a conceitos pré-constitucionais, como o casamento tal como ele foi particularmente refletido, regulado e conformado pelo Legislador ordinário, anteriormente à entrada em vigor da Constituição (Reis NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais* 166-167; IDEM, *Direitos sociais*, 161, nota 176). Criticando “a concepção formalista de separação radical entre norma constitucional e norma ordinária no domínio dos direitos fundamentais” (IDEM, *Direitos sociais*, 161), “[o]s direitos fundamentais dos particulares são o resultado jurídico integrado e indissociável que resulta dos enunciados constitucionais e ordinários que compõem conjuntamente, ainda que numa relação de supra-infraordenação, a norma de direito fundamental” (*ibid.*, 165) (em todo o caso, rejeita - aqui, sim, liminarmente - a possibilidade de interpretação autêntica — in *As restrições aos direitos fundamentais...*, pg. 168)

Em nosso entender<sup>76</sup>, do ponto de vista teórico, a primeira tese, de rejeição da interpretação dos enunciados linguísticos ou dos fragmentos da CRP é a acertada. Todavia, na prática, a perspectiva, que refere que, na falta de indicações, não se poderá ignorar a prática institucional de saber como o Legislador e outros intérpretes da Constituição a concretizam, poderá ter alguma razão, uma vez que os enunciados linguísticos da CRP são deveras fragmentários.

Caberá à Doutrina especializada (no caso, a Doutrina que se ocupa do Direito da Família) densificar esse género de conceitos, à luz das coordenadas constitucionais.

Porém, não obstante o exposto, o intérprete não deve partir da pré-compreensão<sup>77</sup> de que encontrará uma sobreposição total entre as normas infraconstitucionais e o que deve corresponder ao que se pode extrair da Constituição (recorde-se, designadamente, o princípio da máxima efectividade das normas constitucionais, que, por vezes, permite que estas obtenham um espaço de operatividade mais vasto do que aquele que era conjecturado à partida). Em nosso entender, o alegado

(muito mais incisivamente contra a “gesetzeskonform Interpretation”, a respeito de um assunto específico das teses privatista e publicista sobre o *jus aedificandi*, IDEM, “Ainda sobre o ‘jus aedificandi’ (... mas agora como problema de direitos fundamentais)”, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Coimbra Editora, 2006 (também publicado in IDEM, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 117 s.), 495, 496 e nota 13, 509 nota 16, 514 nota 22).

Não obstante, esse não é o caso em questão, uma vez que o conceito é densificado, em certa medida, na Constituição.

<sup>76</sup> Seguimos o que escrevemos em BARROSO, *Objecto do processo penal*, 37-40: Introdução.

<sup>77</sup> Sobre a pré-compreensão, v. BARROSO, “Pré-compreensão”, 27-42. Remetemos também para a bibliografia aí citada, na nota 9 (p. 26-28).

processo de “osmose” Constituição — lei<sup>78</sup> não vai tão longe.

Na lição do Professor Jorge Miranda, “[p]ode, não raro, ser conveniente procurar conhecer o modo como a lei regulamenta, complementa ou concretiza uma norma constitucional e pode vir até a encontrar-se um sentido (“um sentido”, não “o sentido”) adequado que patenteie ou clarifique, no contexto do sistema, o sentido daquela norma”<sup>79</sup>.

Todavia, “nunca é o sentido de lei que se substitui ao sentido da Constituição”<sup>80</sup>.

### 1.6.1. O inciso inicial, constante da *definição do art.º 1577.º do Código Civil de 1966, não era, pois, (até 2010), inconstitucional.*

Ao contrário do que refere Pamplona Corte-Real, não se tratava de nenhuma inversão hermenêutica, ou de uma “interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária” (*gesetzeskonform Interpretation*), daí resultando uma leitura “de baixo para cima”<sup>81</sup>, inviável, pois a Constituição es-

taria numa posição hierárquica superior; ou, em alternativa (para a terceira posição), de uma “recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre pessoas de sexo diferente”<sup>82</sup>. Trata-se, antes, de uma imposição da DUDH.

Salvo o devido respeito, as asserções referidas esquecem um elemento de interpretação essencial da Constituição (e da própria lei ordinária): a Declaração Universal.

Ao contrário do que muitas vezes se julga, a norma proibitiva (vigente até 2010) não estava apenas na lei ordinária — ela decorria da Constituição.

Não havia qualquer problema, pois, de interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária<sup>83</sup>, qualquer perigo de “legalidade” ou “legalização” da Constituição<sup>84</sup>; pois, embora seja um conceito interpretado à luz de um significado de há muito cristalizado, este pressuposto é fixado pela própria Constituição.

Pelo contrário, julga-se que o inciso inicial dessa disposição definitiva<sup>85</sup>, ao prescrever que o

---

uma definição legal, por sinal também inscrita no Código Civil - *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II: *Sucessões*, Lisboa: Lex, 1993, 31-33).

Contrariando a terceira posição, o Autor refere que o raciocínio de Gomes Canotilho / Vital Moreira, segundo o qual a Constituição cometeria a regulação do casamento ao legislador sem o proibir necessariamente de proceder ao seu reconhecimento, ou à sua equiparação aos casamentos, enferma de uma inversão metodológica implícita da qual se deduz um “cheque em branco” ao legislador comum (CÔRTE-REAL, “Da inconstitucionalidade do Código Civil”, 23).

<sup>78</sup> Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 568: anot. ao art. 36.º, XI.

<sup>79</sup> Não se afigura pois correcto asseverar que “Não se encontra, à luz do Código Civil, (...) qualquer esforço de articulação do” regime do casamento” com o da Lei Fundamental, nomeadamente com o teor dos seus artigos 2.º, 13.º, n.º 2, 18.º, 26.º, ns. 1 e 3, e 36.º, n.º 1”. Em sentido contrário, CÔRTE-REAL, *Direito da Família*, 29.

No sentido defendido no texto, sem prejuízo de não fazer apelo tão destacado à DUDH, Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 327, nota 678.

<sup>84</sup> Cfr. Reis NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais*, 167; IDEM, *Direitos sociais*, 160.

<sup>85</sup> Note-se que as definições legais não são “normas” jurídicas propriamente ditas (como tal têm sido designadas, utilizando esta últi-

<sup>78</sup> Cfr. Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente*, 401 (aludindo ao fenómeno de “osmose” silenciosa entre os dois conteúdos — constitucional e legal); IDEM, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1261 s.; Reis NOVAIS, *Direitos sociais*, 176; Paulo OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, vol. II, Lisboa: Lex, 1995, 568, 879; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, 670; Rui MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, 297; IDEM, “O Estado de Direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II / 2002, pg. 30.

<sup>79</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 325-326: 67.V. Deste modo, “a vontade do legislador expressa nas leis pode (...) ser um dos tópicos a ter em conta na tarefa interpretativa” (Manuel Afonso VAZ, *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 122).

<sup>80</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 326: 67.VI.

<sup>81</sup> Carlos Pamplona CÔRTE-REAL, “Da inconstitucionalidade do Código Civil — artigos 1577.º e 1628.º, alínea e), e disposições conexas — ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo”, in IDEM / Isabel MOREIRA / Luís Duarte D’ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo*, 23, 24 (renovando críticas feitas noutra sede, a

ma expressão no seu sentido mais impreciso; cfr. João de Castro MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, rev. Miguel Teixeira de Sousa / colab. Diogo Costa Gonçalves, 3.ª ed., Lisboa: Pedro Ferreira, 2010, 54; em sentido contrário, Oliveira ASCENSÃO, *O Direito*, 500, 501: 294.I e II; cfr. IDEM, “Norma jurídica”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, 1994, 143), mas disposições ou formulações (cfr. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1201; Rui MEDEIROS, “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, FDUL / Coimbra Editora, 2004, 186-187).

Deste modo, elas não poderão ser consideradas como “regras não autónomas”. Em sentido contrário, Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6.ª ed., Coimbra: Arsénio Amado, 1984, 91: I, n.º 6 (original: *Reine Rechtslehre* Viena: Franz Deuticke, 1960, 1.ª ed. 1925); ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 39; Paulo OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, t. 2.º, Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, 156; aparentemente também Inocêncio Galvão TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II, 10.ª ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 133.

Julga-se mais rigoroso atribuir-lhes a natureza de proposições jurídicas incompletas (neste sentido, cfr. Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 360; João Baptista MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, 96); ou, utilizando outra terminologia, instrumentais ou indirectas, uma vez que os seus destinatários são primordialmente os intérpretes-aplicadores, que pretendem aplicar normas jurídicas e resolver problemas de Direito. Cfr. CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 55.

Estas proposições poderão ser aclaratórias ou delimitadoras, consoante a intencionalidade do estabelecimento da definição:

i) Aclaratórias, se “o Legislador pretende (...) oferecer maior precisão terminológica, de forma que resultem menos variáveis as interpretações de um mesmo enunciado e mais seguras as expectativas, no que respeita a aplicações futuras” (cfr. Iturralde SESMA, *Language legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid: Tecnos, 1989, 50, *apud* Joana Aguiar e SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Coimbra: Almedina, 2011, 61);

ii) Delimitadoras, se a definição legal, com o mesmo efeito de precisão, visa, mais especificamente, excluir determinadas realidades da aplicação de um determinado regime jurídico (por exemplo, ao referir “Para efeitos da presente lei, entende-se por (...) “X””, assim assegurando o valor da segurança jurídica.

Em qualquer caso, elas são meras parcelas de um comando jurídico; só mediante a combinação com outras disposições resultará um sentido normativo preciso.

Assim, estas últimas definições de carácter explicativo (também designadas redefinições, diversas das definições lexicais e das definições estipulativas - cfr. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 566: 144.b) desempenham um papel puramente instrumental (neste sentido, José de Faria COSTA, “As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69 (1993) 385; OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 1/2, 156; Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR, “Artículo 21”,

casamento é celebrado entre pessoas de sexo diferente, estava em plena conformidade com as normas de *Ius Cogens* e com a resultante da CRP<sup>86</sup>.

Diga-se também: a lei ordinária mais não deve fazer do que consagrar a única solução conforme à Constituição-norma.

Não existe uma verdadeira interpretação de uma disposição da Constituição-enunciado em conformidade com o disposto no Código Civil, mas, em bom rigor, a interpretação de uma disposição da Constituição instrumental à luz da DUDH.

O inciso do Código Civil, que previa (até 2010) a diversidade de sexos, não tinha carácter constitutivo<sup>87</sup>; essa exigência decorria da Constituição;

in Fernando GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1985, 414), teleologicamente direccionado à aplicação de um certo regime jurídico.

No caso da definição de “casamento”, o termo é misto, natural e jurídico (algo diversamente, considerando que as definições legais pressupõem a existência de um fundo de convenções e práticas que são património da linguagem vulgar; e que “as definições são formuladas precisamente nessa linguagem natural” — o que temos por duvidoso, por ser demasiado generalizante e, desse jeito, impreciso —, cfr. Juan José MORESO, “Lenguaje jurídico”, in Ernesto GARZÓN VALDÉS / Francisco LAPORTA, *El Derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, vol. 11 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 1996, 113, *apud* Aguiar e SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da Justiça*, 62).

Em relação ao valor das definições legais, parte da Doutrina desvaloriza-o; outros Autores consideram-no vinculativo; a nosso ver, acompanhando a posição do Professor Paulo Otero, serão vinculativas para os intérpretes oficiais, como quaisquer outras valorações legais, mas não para o estudioso do Direito doutrinador na elaboração do conceito (cfr. Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Introd. e trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 284 (original alemão: *Sytemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1983); posição equilibrada é também a de Faria COSTA, “As definições legais de dolo e de negligência”, 378, 385).

<sup>86</sup> Ao contrário do que a segunda posição (que faz apelo ao princípio da igualdade, entre outros argumentos) inculca, não há uma “reserva” (isto é, uma restrição) do direito a contrair casamento, mas a reafirmação de um elemento pertencente ao âmbito normativamente protegido, em plena consonância com as fontes hierárquicas superiores.

<sup>87</sup> Não se acompanha a opinião de que se trate de uma norma materialmente constitucional (em sentido contrário, OTERO, *Direito Constitucional Português*, 72 nota 93: I, 3.3.3, b), VI), uma vez que — para além das reservas em relação ao conceito de Constituição material — o art.º 1577.º do CC (até 2010) era uma decorrência ou confirmação de algo já

nessa medida, tendo o Legislador encetado o caminho da definição legal, não é de estranhar que dela constasse um seu pressuposto óbvio e pacífico<sup>88</sup>.

Ademais, todas as restantes normas legais, que pressupõem o conceito de casamento, terão de estar em conformidade com esse pressuposto<sup>89</sup>.

### 1.7. Um direito de «titularidade entrecruzada»

I. Os “direitos individuais em sentido estrito são aqueles que se exercem por facto e vontade própria e independentemente da cooperação de outrem”<sup>90</sup>. São situações unissubjectivas, que postulam apenas um sujeito, isto é, uma única pessoa<sup>91</sup>.

Já os direitos de titularidade individual e de exercício colectivo<sup>92</sup> têm a seguinte particularidade:

expressamente previsto (conquanto não literalmente) numa norma da Constituição instrumental.

<sup>88</sup> As definições legais, geralmente, são intensionais ou tipológicas, descrições dos elementos típicos dos conceitos. Miguel Teixeira de SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012; IDEM, “Linguagem e Direito”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, 284.

<sup>89</sup> Julga-se que a Reforma de 1977, ainda que não intencionalmente, não terá “aberto a porta” ao casamento de pessoas do mesmo sexo (em sentido contrário, Jorge Duarte PINHEIRO, *O Ensino do Direito da Família contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008, 80):

i) Em primeiro lugar, as alterações foram sobretudo de regime jurídico, que deve ter como travejamento a regra de interpretação de harmonia com a DUDH (art.º 16.º, n.º 2, da CRP, que obriga também à interpretação dos “preceitos legais” em conformidade com a Declaração);

ii) Em segundo lugar, conforme orientação metodológica que propomos, é de enjeitar a interpretação pura e simples da Constituição em conformidade com a lei ordinária;

iii) Por fim, o pressuposto da diversidade de sexos decorre da CRP.

<sup>90</sup> Para utilizar uma formulação próxima da utilizada pelo Código de Seabra.

<sup>91</sup> Cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, t. I*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 305: n.º 77.I.

<sup>92</sup> A Doutrina francesa denomina-os “direitos ou liberdades colectivas” (Jean DUFFAR, *Les libertés collectives. Libertés et droits fondamentaux. Examen d'entrée au C.R.F.P.A.*, Paris: Montchrestien, 1996, 11; Jean RIVERO / Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, I, 9.ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2003, 19; e II, 7.ª ed., 2003, 237), nomenclatura que, trans-

A titularidade é individual (cfr. art.º 12.º, n.º 1, da CRP)<sup>93</sup>.

Todavia, estes direitos têm a característica de o exercício de, no mínimo, uma das faculdades principais — não ser susceptível de ser usufruído individualmente, mas antes conjuntamente com, pelo menos, um outro sujeito; carecendo, pois, de um fenómeno social de concertação ou convergência, originando ou pressupondo, num processo de interacção evidente, situações plurissubjectivas<sup>94</sup>.

Por outras palavras, são liberdades relacio-

plantada para o Direito nacional, é equívoca; uma vez que a expressão é também utilizada por alguma Doutrina em relação a direitos exclusivos de pessoas colectivas ou organizações, como acontece com os direitos de que as comissões de trabalhadores e as associações sindicais são titulares. Cfr. Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, 129; Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 424.

<sup>93</sup> É a pessoa que os pretende exercer ou não (como todos os direitos de liberdade, há uma dimensão negativa — a de não poder ser não ser privada, impedida de exercer esse direito; dimensão essa que se manifesta também nas pretensões de autonomia: ninguém pode ser coagido a exercê-las).

<sup>94</sup> Cfr. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, t. I*, 305: n.º 77.II (assim diferenciados dos direitos estritamente individuais, pois o exercício não depende somente da vontade de agir por parte de um único indivíduo).

Cfr. José de Melo ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 1.ª ed., 4.V, pg. 27 (nota 54); Jean-Jacques ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris: LGDJ, 1998, 46; Augusto BARBERA / Francesco COZZA / Guido CORSO, “Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza”, in Giuliano AMATO / Augusto BARBERA, ed., *Manuale di Diritto pubblico*, I, 5.ª ed., Mulino, 1997, 288; Jean RIVERO / MOUTOUH, *Libertés publiques*, I, 19; e II, 237; Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 123.

Um fenómeno análogo ocorre no Direito Penal, com os crimes plurissubjectivos ou de participação necessária (ou imprópria), de “*fat-tispecie*” pluripessoal. De entre estes, distinguem-se os crimes unilaterais, “de convergência” ou “de intervenção necessária” (Karl Heinz GÖssel, “Autoria”, in Reinhart MAURACH / Karl Heinz GÖssel / Heinz ZIPPE, *Derecho penal. Parte General*, 2, trad. Jorge Bofill Ganzsch, Buenos Aires: Astrea, 1995, 380; Hans WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1956, 128; Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, II, Barcelona: Bosch, 1981, 968-971 (original: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., Berlin, 1978); desenvolvidamente, María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada: Comares, 2002, 59 s.), caracterizados pela actuação conjunta ou acessória de várias pessoas, dirigida a uma meta comum; a nosso ver, análogos às liberdades de casamento e de reunião; “dos crimes de encontro” (*v. g.*, os crimes de rixa ou de motim).

nais<sup>95</sup>, “compartilhadas”<sup>96</sup>; ou, em alternativa, pelo menos, uma pretensão essencial, incluída no conteúdo essencial do direito, é necessariamente de exercício colectivo<sup>97</sup> (exemplificando, o exercício da liberdade de reunião, em princípio, requer, pelo menos, uma pessoa com quem se reunir; ou uma pluralidade de participantes<sup>98</sup>).

<sup>95</sup> A expressão é de Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris: Armand Colin, 476.

<sup>96</sup> ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, 46.

<sup>97</sup> Diversos são os direitos que podem ser exercidos tanto individualmente como em conjunto; sendo de exercício eventualmente colectivo (como a liberdade de imprensa).

<sup>98</sup> Como decorre da forma verbal reflexa, empregue no do n.º 1 do art.º 45.º da CRP (“o direito de se reunir”). Neste sentido, cfr., por exemplo, José de Sousa BRITO / Rui Carlos PEREIRA, “Sobre os direitos de reunião e manifestação”, in *Vértice*, II série (Outubro de 1988) 45; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 482; IDEM, “Reunião (direito de)”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, 291-292; Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs. Vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, reimpr., Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1965, 566 (14.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1933); Roman HERZOG, „Art. 8“, in Theodor MAUNZ *et al.*, ed., *Grundgesetz. Kommentar, Band I. Art. 1-12*, Munique: C.H. Beck's Verlagbuchhandlung, 1996, 20, nota 47; RIVERO / MOUTOUH, *Libertés publiques*, II, 242; Sentenças do TC espanhol 55/1988, de 28 de Abril, F.J. 2.º; e 66/1995, de 8 de Maio, F.J. 3.º.

Considerando que a liberdade de reunião é, em princípio, de aproveitamento colectivo, Eduardo Correia BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Coimbra: Almedina, 2006, 10: 1.2: “[C]ada membro da nação só pode exercer [estes direitos] em concorrência com os seus concidadãos” (*Projecto de lei para a Reforma da Carta Constitucional apresentado à Camara electiva em sessão de 16 de Agosto de 1871. Pelos deputados do Partido Reformista*, Lisboa: Typographia do Futuro, 1871, 10). No mesmo sentido, cfr. Michel KLOEPFER, “§ 143. Versammlungsfreiheit”, in *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, VI, Freiheitsrechte, Josef ISENSEE / Paul KIRCHHOF, coord., 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: Müller, 2001, 74, nota 14; Arangio RUIZ, “Associazione (diritto di)”, in Pasquale Stanislao MANCINI, dir., *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I, parte IV, Milão, 875; Alessandro PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione Italiana*, Milão: Giuffrè, 1967, 32, nota 77; LÓPEZ GONZÁLEZ, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, 135; Giorgio MALINVERNI, *La liberté de réunion. Étude de droit constitutionnel suisse*, Genebra: Librairie de l'Université / Georg, 1983, 2: 1; Patrick FORGET, *Sur la manifestation. Le droit et l'action collective*, Montréal: Liber, 2005, 33 (a noção de reunião exige a presença do outro). Em sentido diverso, cfr. Wolf-Rüdiger SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: Müller, 2004, 206 (nota 7): § 7, I, Rn. 361.

II. A titularidade do direito a contrair casamento surge recortada:

- i) Desde logo, como necessariamente referida a duas pessoas (e não mais: os contraentes apenas podem ser em número de dois e não de três, quatro ou cinco<sup>99</sup>);
- ii) Mais especificamente, entre homem e mulher; ou seja, duas pessoas de sexo diferente.

Podemos designá-la como “titularidade entrecruzada”.

III. Homem e mulher, entre si, com idade núbil, têm direito a contrair casamento.

O programa normativo supõe a diversidade de sexos, o que acaba por moldar a titularidade do direito e o tipo contratual.

IV. O direito de contrair casamento não pode ser qualificado como um “direito particular”<sup>100</sup>:

Qualquer pessoa detém essa titularidade do direito de casar com uma pessoa do sexo oposto. Nenhuma restrição ao princípio da universalidade (art.º 12.º, n.º 1, da CRP) se vislumbra.

Os direitos dos cônjuges, unidos pelo casamento, sim, devem ser classificados como direitos particulares (cfr. art.º 36.º, n.º 3, da CRP)<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Neste sentido, sem prejuízo de não aderirem à tese do casamento necessariamente heterossexual, cfr. BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 43.

<sup>100</sup> Diversamente do que pretende Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 385.

Sobre a classificação respectiva (direitos universais / direitos particulares), cfr. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 6.<sup>a</sup> ed., 151-153: n.º 36.

<sup>101</sup> Com este entendimento, MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 152: n.º 36.I; ADRAGÃO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo?”, 528, 530.

## 2. A posição do Tribunal Constitucional quanto à regra hermenêutica do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição

Não obstante as considerações expendidas, o certo é que o Acórdão n.º 121/2010 do Tribunal Constitucional teve um entendimento diverso.

O aresto refere que haveria um equívoco na invocação do argumento: a DUDH só poderia ser invocada para alargar o âmbito dos direitos fundamentais e não para os restringir, ou para levar uma solução menos favorável a estes.

Ora, não se pode aceitar este raciocínio.

Como refere José de Oliveira Ascensão, a asserção do Tribunal Constitucional toma como premissa o que só poderia ser a conclusão: que constitui um direito fundamental pessoas do mesmo sexo casarem entre si. “A afirmação de ser mais ou menos favorável aos direitos fundamentais só se poderia fazer com base no pressuposto de que a solução “correcta” da questão seria a de admitir o casamento de pessoas do mesmo sexo.”<sup>102</sup>

Ora, o Acórdão não o faz, porque toma uma posição neutra quanto ao fundo da questão<sup>103</sup>, que tivemos oportunidade de criticar de forma veemente.

“Ainda assim, a afirmação de que sempre mais direitos é desejável (...) é falsa.”<sup>104</sup>

No entender de José de Oliveira Ascensão e de Paulo Otero, “o pulular de direitos é negativo, porque o excesso acaba por ocultar ou fazer perder relevo aos verdadeiramente “fundamentais”, que sofrem diluição pelo ingresso de outros de grau

<sup>102</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>103</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>104</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

menos nobre”<sup>105</sup>.

“Se fosse assim, o texto da DUDH seria também compatível com o casamento entre pais e filhos [desde que estes tivessem idade núbil], ou de grupos de pessoas, perdendo-se todo o significado” da norma decorrente do artigo 16.º, n.º 1, da DUDH: “o homem e a mulher (...)”<sup>106</sup>.

Do artigo 16.º, n.º 1, da DUDH decorre uma norma ou “mensagem explícita”<sup>107</sup>.

Ora, esta norma “não pode ser deitada fora”, mediante “a afirmação de que tudo o que não representar empolamento de direitos fundamentais escapa às previsões da Declaração” Universal<sup>108</sup>.

Numa outra linha de pensamento, refira-se, de resto, em termos metodológicos, o aresto, que se debruçou sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em lugar de usar do elemento comparativo da DUDH, usou do uso “hiper-inflacionado e descontextualizado”<sup>109</sup> do conhecimento de Direitos estrangeiros, tais como a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal norte-americano e do TC alemão, chegando mesmo a citar a jurisprudência de vários supremos tribunais de Estados federados norte-americanos<sup>110</sup>.

Este aresto “desvitalizou, sem fundamento normativo na Lei Fundamental”, a regra hermenêutica interpretativa, constante do art. 16.º, n.º 2, da CRP<sup>111</sup>.

Desvitalizou, mas não aniquilou.

<sup>105</sup> Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>106</sup> Cfr. Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>107</sup> Cfr. Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>108</sup> Cfr. Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 185: n.º 6.II.

<sup>109</sup> Cfr. Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I,2, 650.

<sup>110</sup> Cfr. Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I,2, 650.

<sup>111</sup> Cfr. Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I,2, 661, nota 685.

2.1. O Professor Carlos Blanco de Moraes defende que se tratou de uma duvidosa interpretação abrogante da Constituição-enunciado<sup>112</sup>; tendo já defendido anteriormente tratar-se, especificamente, de algo mais do que uma mutação informal “*contra constitutionem*”, mas sim de uma “*sentença de revisão constitucional*”:

O “caso (...) evidenciado no Ac. n.º 121/2010 relativamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, no qual o Tribunal Constitucional desvitalizou (ou derogou tacitamente) o disposto no n.º 2 do art.º 16.º da CRP, que determina que as normas sobre direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), documento internacional que assume valor paramétrico do texto constitucional em matéria de direitos.

«Havendo que interpretar a noção supostamente “neutra” de casamento no texto da Constituição portuguesa (casamento que é um direito fundamental e uma garantia institucional), verifica-se que o art.º 16.º da DUDH declara que o mesmo instituto consiste numa relação entre um homem e uma mulher. Contudo, o Tribunal entendeu que a Declaração só se aplicaria ao caso “sub iudicio” se envolvesse uma interpretação mais favorável aos direitos fundamentais do que a que resultaria da letra da Constituição.”<sup>113</sup>.

Ora, deste modo,

“[e]sta sentença amputou, sem fundamento material, o comando jurídico do n.º 2 art.º 16.º da CRP que impõe que a DUDH opere como parâmetro interpretativo geral, tanto na sua dimensão “bonificadora” de direitos como na sua dimensão restritiva. Ao ditar por razões políticas ou de conveniência social, uma ablação a esta última dimensão da norma, esvaziando o “telos” e o alcance pleno da rece(p)ção da DUDH pela Constituição da República, o Tribunal produziu uma alteração informal da Constituição com alcance redutivo que depreciou o sentido útil de um dos grandes princípios estruturantes dos

direitos liberdades e garantias, cujo sistema é defendido por uma cláusula pétrea.”<sup>114</sup>

Também Diogo Freitas do Amaral considera que “A Constituição não prevê nem permite, com um mínimo de apoio verbal, a consagração do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo”. Tal alteração no nosso ordenamento jurídico só pode ser operada

“por meio de uma revisão constitucional, estando vedada ao intérprete a possibilidade de “atualizar” o conceito de casamento de forma tão radical e tão profundo que o resultado seja a sua desfiguração, não baseada num mínimo de expressão da letra constitucional”<sup>115</sup>.

Com o devido respeito, não acompanhamos as opiniões destes Doutos Mestres, uma vez que partem de um pressuposto não demonstrado: o de que o artigo 16.º, n.º 2, poderia ser retirado da Constituição-enunciado; o que não se aceita (com Jorge Miranda<sup>116</sup>).

Em nosso entender, houve um fenómeno singular de derrogação da regra hermenêutica que se extrai do art. 16.º, n.º 2, da CRP; não uma sentença que elimine a disposição e correspondente norma hermenêutica do sistema da Constituição. Com efeito, a norma resultante do enunciado do art. 16.º, n.º 2, mantém-se; dado que as revisões

<sup>114</sup> Blanco de MORAIS, “As mutações constitucionais implícitas”, 76.

<sup>115</sup> Freitas do AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, 256.

<sup>116</sup> As leis de revisão, por via implícita do artigo 288.º, têm de respeitar o regime comum dos direitos fundamentais. Neste sentido, MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 450.

O Mestre de Lisboa é ainda mais explícito quanto a este aspecto, ao inculcar que “As leis de revisão têm” obrigatoriamente “de respeitar o princípio do art. 16.º, n.º 2, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 450.

Em sentido diverso, considerando que, “se a realidade constitucional é avessa à petrificação de conteúdo e à rigidificação do “sempre igual”, é lógico também que não existam “conteúdos imutáveis e inalteráveis da constituição”, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1140. Em termos absolutos, não haveria uma reserva de Constituição.

<sup>112</sup> Cfr. Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I,2, 661.

<sup>113</sup> Carlos Blanco de MORAIS, “As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”, *Jurismat*, Portimão, 3 (2013) 76.

constitucionais devem ser expressas, e não tácitas (conforme é entendimento comum na Doutrina).

Portanto, a nosso ver, é excessivo aludir a “revisão constitucional”. E nada impede (pelo menos em teoria) que, no futuro, o TC altere a sua posição.

Em todo o caso, em virtude da injuntividade da regra hermenêutica do artigo 16.º, n.º 2, e do seu carácter irrevisível, julga-se que essa disposição não é passível de ser retirada da Constituição-enunciado por via de revisão constitucional, não se torna possível “constitucionalizar” o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, julga-se que existe *reserva de Constituição* (“Verfassungsvorbehalt”), em face da Constituição-enunciado e da Constituição-norma vigente, e tomando certas normas como normas proibitivas implícitas para o Legislador. O Legislador constituinte, “ocupando o espaço”, preclui a possibilidade de normação por parte do Legislador ordinário.

O art.º 16.º, n.º 2, enquadra-se na espécie da reserva de regulamentação primeira: a CRP previu uma regra hermenêutica de interpretação e de integração dos “preceitos constitucionais e legais”.

Por outro lado, as regras — vinculativas, entenda-se — de interpretação dos preceitos constitucionais e legais de e sobre direitos fundamentais são as que constam do art.º 16.º, n.º 2, da CRP. Trata-se de matéria de uma prerrogativa do Legislador constituinte. A definição de regras hermenêuticas, com esta natureza — pelo menos, aquelas que sejam similares —, fica assim reservada à esfera de normação própria do poder constituinte, retirando o poder de fixar idêntica regra ao Legislador ordinário, ao nível infraconstitucional.

Assim, não se trata de uma matéria na disponibilidade do Legislador ordinário, sendo, pelo con-

trário, excluída a sua intervenção conformadora<sup>117</sup>.

Por fim, e para além da opinião aludida de Jorge Miranda, relativa à manutenção do regime comum dos direitos fundamentais - de que o art. 16.º, n.º 2, faz parte —, se as leis de revisão nunca poderiam “estabelecer derrogações a normas de direitos, liberdades e garantias”<sup>118</sup> (*in casu*, art. 36.º, n.º 1, interpretado à luz do art. 16.º, n.º 2, da CRP), muito menos poderiam revogar o sentido dos preceitos da Constituição-enunciado, interpretados à luz da CRP.

Pensamos que o art. 5.º da Lei n.º 9/2010 - que manda interpretar os preceitos legais de harmonia com as disposições do “casamento” entre pessoas do mesmo sexo - é um caso ainda mais grave do que o caso do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010; uma vez que se trata-se de uma usurpação, por parte do poder legislativo<sup>119</sup>, de uma faculdade reservada ao poder constituinte: se os preceitos legais devem ser interpretados de harmonia com a DUDH, então nenhuma lei pode arrogar-se de uma faculdade idêntica ou análoga, para si, mesmo sectorialmente, no domínio dos preceitos legais relativos ao casamento civil.

<sup>117</sup> Cfr. Maria Lúcia AMARAL, declaração de voto junta ao Acórdão do TC n.º 403/2009, de 30 de Julho; Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 247; André Salgado de MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, Lei e Administração Pública no Estado Social de Direito*, Coimbra: Almedina, 2004, 280-281; Carlos Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional, II: O Direito do contencioso constitucional*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 241; n.º 647; Manuel Afonso VAZ, *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Porto: Universidade Católica Editora, 1996, 291, 370; IDEM, “A reserva de lei na Constituição Portuguesa de 1976”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, 5 (2006) 150-152.

<sup>118</sup> MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 450.

<sup>119</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, a propósito de outro caso, Diogo Freitas do AMARAL / Paulo OTERO, Parecer, datado de 17 de Dez. de 1993, in *Direito do Ordenamento do Território e Constituição (A inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 351/91, de 7 de Outubro)*, Associação Portuguesa de Promotores e Investidores Imobiliários, Coimbra Editora, 1998, 34, 20.



2.2. A mutação da política legislativa não afecta em muitos aspectos teórico-técnicos a essência da vida humana<sup>120</sup>.

A diversidade entre os sexos dos esposos é da essência própria do casamento, quer jurídica, quer pelos fins morais e sociais que desempenha<sup>121</sup>.

O pressuposto da heterossexualidade é um elemento essencial estruturante<sup>122</sup>, ínsito ao conteúdo da *garantia institucional do casamento*<sup>123</sup>, conferindo-

<sup>120</sup> Cfr. Ruy de ALBUQUERQUE, “O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, o Mestre e o Homem por detrás da obra”, in IDEM / Martim de ALBUQUERQUE, coord., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 146-147.

Notando o “paradoxo o facto de o Direito da família ser dos ramos da enciclopédia jurídica dos mais reformulados e reformados legislativamente, quando é certo que, afinal, corresponde a quanto existe de permanente no homem”, Ruy de ALBUQUERQUE, “O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva”, 146.

<sup>121</sup> Neste preciso sentido, cfr. Pires de LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, 120.

<sup>122</sup> Cfr. Sérvulo CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários*, Lisboa: AAFDL, 2002, 91.

<sup>123</sup> Para uma enunciação dos diferentes entendimentos da garantia do instituto da propriedade privada, Miguel Nogueira de BRITO, *A justificação da propriedade privada numa Democracia constitucional*, Coimbra: Almedina, 2007, 774-775. O Autor analisa-os numa perspectiva crítica, assinalando as dificuldades em atribuir um sentido preciso e claro à garantia de instituto, concluindo pela sua desnecessidade enquanto conceito dogmático autónomo (p. 775 s., *maxime* 790-794, 984) (reiterando essa rejeição, Nogueira de BRITO, “Casamento civil e dignidade dos homossexuais”, 58(n); e Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, in *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, 27-30 (s)).

Apesar de todas as dúvidas expressas quanto à “garantia de instituto”, a verdade é que não se vê como arredá-la. Cfr., entre tantos, Sérvulo CORREIA, *Direitos Fundamentais*, 89-90; Maria d’Oliveira MARTINS, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Coimbra: Almedina, 2007; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, t. IV: Direitos fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 106-110: n.º 23; José María BAÑO LEÓN, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (Setembro-Dezembro de 1988) 154-179.

BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 43-46, defendem, *de iure condendo*, a abolição do casamento civil, quer para heterossexuais, quer para homossexuais.

Para que esta proposta - com todo o respeito, “alienígena” - fosse concretizada, os números 1 e 2 do artigo 36.º da CRP careceriam de ser suprimidos, através de revisão constitucional; o que não nos parece possível, dado que suprimiria o conteúdo essencial dos direitos, liber-

-lhe singularidade, sendo, por conseguinte, insusceptível de ser subtraído do conjunto, numa perspectiva qualitativa.

Do ponto de vista contratual clássico<sup>124</sup> e na História da Humanidade, o casamento tem esta particularidade singularíssima; é o único contrato<sup>125</sup>, que, por essência, exige a diversidade de sexo dos contraentes<sup>126</sup>, isto é, que assenta no pressuposto da diversidade sexual.

dades e garantias, protegidos pelo limite de revisão constitucional do art. 288.º, al. d).

O “Direito formal e estadual” dever-se-ia retirar, sendo “substituído pela intervenção de outras instâncias (por exemplo, religiosas) ou sendo o espaço, deixado livre, ocupado pelo primado dado à autonomia individual de cada cidadão e a cada cidadã no que concerne à sua vida privada e familiar. Esta desregulação permitiria às pessoas libertarem-se do controlo estadual numa dimensão fundamental das suas vidas: a do livre estabelecimento e delimitação das relações que pretendem ter com os outros no plano afectivo e sexual”. BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 46.

Estas Autoras — influenciadas por correntes extremas do Feminismo e por laivos de movimentos anarquistas — consideram que a definição, através da lei do tipo de relações entre adultos livremente consentidas parece “limitar o pleno exercício do direito de cada um a desenvolver livremente a sua personalidade, e uma intromissão indevida dos poderes públicos na privacidade e intimidade individuais”. BELEZA / MELO, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no Direito português”, 43.

Com o devido respeito, trata-se de uma proposta radical, inusitada, totalmente descabida, para quem conheça a estrutura de “competência” do direito a contrair casamento civil, que carece de um operador triádico (o Estado). Cfr. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, 209.

Os fundamentos aduzidos pelas Autoras, para a eliminação de um instituto multi-milenar como o casamento, não nos convencem de todo (excepto, porventura, o regime de precariedade do vínculo matrimonial).

<sup>124</sup> Sem prejuízo da polémica e das críticas tecidas à natureza contratual do casamento, desde logo, Hegel. Em sentido contrário, Kant qualificava-o como sendo um contrato (*Metafísica dos costumes. Parte I. Princípios metafísicos da Doutrina do Direito*, Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2004, Parte I - Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 24, [p. 278], p. 121, § 24, [p. 279], p. 124.

<sup>125</sup> A par da promessa de casamento, a ele ligada.

<sup>126</sup> Notando isto mesmo, Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil. Anotado*, 255: anot. ao art.º 1671.º.

2.3. O casamento sempre teve esta especificidade da heterossexualidade. Ela está longe de ser accidental ou aleatória.

Assim, não se vê como o pressuposto da heterossexualidade, enquanto constitutivo da essência do casamento, possa ser alterado. Bem pelo contrário: ele deverá permanecer intocado pelo Legislador<sup>127</sup>.

“[A]s coisas definem-se pela sua função e pelas suas faculdades; quando já não se encontram operantes, não devemos afirmar que são a mesma coisa”<sup>128</sup>.

Um casamento celebrado sem duas pessoas de sexo diferente aparece “de tal maneira desfigurado, que não possa, num justo critério, apelar-se casamento”<sup>129</sup>.

As posições para chegar a esta conclusão sobre o respectivo objecto negocial podem variar:

- i) Considerar que o objecto negocial de um “casamento entre pessoas do mesmo sexo” padece de uma impossibilidade física<sup>130</sup>;
- ii) Fará mesmo sentido falar em “inexistência material”, devido à ausência de um substrato de facto, de substância material, de uma condição necessária à existência material do negócio jurídico do casamento<sup>131</sup>. Daí a consequente falta de aparência do mesmo

face a terceiros;

- iii) Considerar que é ofensivo dos “bons costumes”<sup>132</sup> ou asseverar que viola a “moral pública”<sup>133</sup>.

2.4. O casamento não é um conceito pré-constitucional puro, uma vez que se encontra parcialmente definido na Constituição portuguesa<sup>134</sup>.

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar a posição de que o art.º 36.º, n.º 1, se refere expressamente ao *casamento “sem o definir”* (completamente), revelando “que não pretende pôr em causa o conceito comum, radicado na comunidade e recebido na lei civil”<sup>135</sup>.

Assim, em conclusão, a Constituição portuguesa, tal como o Direito Internacional Público<sup>136</sup>, define o conceito de casamento como necessariamente heterossexual.

### 3. Os fundamentos do bem jurídico do casamento

Julga-se que a razão de ser intrínseca do instituto do casamento reside na *complementaridade en-*

<sup>127</sup> Cfr. Sérvulo CORREIA, *Direitos Fundamentais*, 91. Reis NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais*, 788-794, discorda da teoria absoluta, assinalando as dificuldades de averiguação do conteúdo essencial.

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar este entendimento. A figura do conteúdo essencial não só é didáctica, mas também operativa em termos dogmáticos.

<sup>128</sup> ARISTÓTELES, *Política*, trad. e notas de António Campelo Amaral / Carlos de Carvalho Gomes, Lisboa: Vega, 1998, 55: Livro I, II, 23-35, 1252b.

<sup>129</sup> Cfr. Pires de LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, 120.

<sup>130</sup> Com esta opinião, Capelo de SOUSA, *Direito da Família e das Sucessões*, 119.

<sup>131</sup> “[A] união de duas pessoas do mesmo sexo não constitui na sua materialidade um casamento” - Inocêncio Galvão TELLES, *Dos contratos em geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1962, 331.

<sup>132</sup> Paulo OTERO, *Direito da Vida. Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra: Almedina, 2004, 158.

<sup>133</sup> Com esta opinião, também OTERO, *Direito da Vida*, 158.

<sup>134</sup> Diferentemente, considerando o casamento um “conceito-comporta”, por meio do qual determinadas concepções políticas e morais são incorporadas na Constituição, Nogueira de BRITO, “Casamento civil e dignidade dos homossexuais”, 59 (n).

<sup>135</sup> Acórdão do TC n.º 359/2009, n.º 10.

<sup>136</sup> V. Ivo Miguel BARROSO, “A heterossexualidade como característica “sine qua non” do conceito de casamento, à luz do ‘Ius Cogens’”, *Lex Familias*, 19 (Janeiro-Junho de 2013), pp. 35-44.

tre sexos<sup>137</sup> orgânica e psicológica<sup>138</sup>, como estrutura ôntica da natureza humana<sup>139</sup> (a par do instinto de conservação<sup>140</sup>); a personalidade própria infinita dos dois sexos conduz ao casamento e contribui para a sua manutenção dessa instituição<sup>141</sup>.

Para alguma Doutrina, “a plena comunhão de vida, para que aponta o art. 1577.º [até 2010], pressupõe a complementaridade dos contraentes assente sobre a diversidade de sexos”; sendo “a diferença de sexo entre os nubentes (...) suporte mínimo insuprível” dessa comunhão<sup>142</sup>.

A simbiose entre cônjuges é, não apenas física, mas também omnipresente e diuturna ao nível emotivo / cerebral<sup>143</sup>. Bem pode dizer-se que o ca-

<sup>137</sup> Neste preciso sentido, Benjamim RODRIGUES, declaração de voto, vencido, junta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, n.º 10. No mesmo sentido, cfr. BENTO, “Itinerários do Direito Matrimonial”, 99, 103; Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, 77: anot. ao art.º 1600.º, 255; anot. ao art.º 1671.º; Samuel RODRIGUES, “Matrimónio”, in *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, 2.ª ed. rev. actual, Lisboa: Verbo, 1997, col. 142; as referências e opinião de Duarte SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?*, 67, 149, 173, 329.

A Doutrina da Igreja Católica chega a referir: “Na unidade dos dois, o homem e a mulher são chamados desde o início, não só a existir “um ao lado do outro” ou “juntos, mas também a “existir reciprocamente “um para o outro””. JOÃO PAULO II, *Carta Apostólica Mulieris Dignitatem*, de 15 de Agosto de 1988, n.º 7.

Sobre a noção de complementaridade entre sexos, FRANCESCHI F, “La incapacidad relativa en la Doctrina y Jurisprudência”, 270-281, 282-283.

Nesse sentido, a complementaridade de sexos é o pressuposto do bem dos cônjuges. Juan José GARCÍA FÁLDE, “El bien de los conjugues”, in *Relevância jurídica do consentimento matrimonial, Actas das VIII Jornadas de Direito Canónico. 1-3 Maio 2000*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, 47.

<sup>138</sup> RODRIGUES, “Matrimónio”, col. 142.

<sup>139</sup> FRANCESCHI F, “La incapacidad relativa en la Doctrina y Jurisprudência”, 275.

<sup>140</sup> RODRIGUES, “Matrimónio”, col. 142.

<sup>141</sup> Cfr. HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, trad. de Orlando Vitorino, 4.ª ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1990, 167: § 168.

<sup>142</sup> Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, 159: anot. ao art.º 1628.º.

<sup>143</sup> “Mesmo na perspectiva do prazer decorrente do uso recíproco das suas faculdades sexuais, o contrato de casamento não é um contrato arbitrário, mas um contrato tornado necessário pela lei da humanidade

de”. Immanuel KANT, *A Metafísica dos costumes*, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, Parte I: Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 24, [pg. 278], pg. 121 (original: *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, 1798; segue o texto publicado em 1907 pela Academia das Ciências da Prússia).

Como é sabido, segundo Kant, o ser humano deve ser sempre visto como um fim em si mesmo, nunca sendo admissível a sua utilização como um objecto ou um simples meio. Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1995, 66 (original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*); noutros termos, a humanidade em cada pessoa deveria sempre tratada como fim em si mesmo (sobre o princípio da humanidade em Kant, António CORTÊZ, “O princípio da dignidade humana em Kant”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 81 (2005) 601-630; Paulo de Sousa MENDES, *O torto intrinsecamente culpado como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 123, 127 s.; Paulo OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, 206-209: 4.2.2.

A consequência de tal postulado é a regra de irrenunciabilidade da dignidade humana.

Todavia, a dádiva mútua no casamento leva Kant a abrir uma excepção a essa regra, no pressuposto de o casamento ser monogâmico e na condição de haver reciprocidade: “No acto de uso natural que cada um dos sexos faz dos órgãos sexuais do outro, com vista à qual uma das partes se entrega à outra, uma pessoa converte-se a si mesma em coisa, o que contraria o direito da humanidade na sua própria pessoa. Isto só é possível na condição de que, ao ser uma pessoa adquirida por outra como coisa, esta, por seu turno, a adquira reciprocamente; pois que assim ela se recupera a si mesma de novo e reconstrói a sua personalidade.” KANT, *A Metafísica dos costumes*, Parte I - Princípios metafísicos da Doutrina do Direito, § 25, [pg. 278], pg. 121.

No entender do Autor, há, pois, uma “aquisição da pessoa na sua totalidade, uma vez que esta é uma unidade absoluta” (*ibid.*, [pg. 278], pg. 122) (em sentido próximo, no pensamento católico, considerando que “o homem e a mulher se entregam e recebem mutuamente”, cânnone 1057.º, § 2.º do Código de Direito Canónico de 1983 (referindo-se ao casamento-acto); “O matrimónio é uma ligação estável entre homem e mulher, em que ambos se dão um ao outro sem reservarem nada para si”, António dos Reis RODRIGUES, *Vinculos imortais. A família, santuário da vida*, Estoril: Principia, 2008, 70; o casamento é “[u]ma instituição [que] nasce, mesmo em face da sociedade, do acto humano pelo qual os esposos se entregam mutuamente” (Constituição pastoral *Gaudium et Spes*, n.º 48)).

Nas Declarações de direitos, estes seriam inalienáveis, pelo que a renúncia não seria admissível.

Em nossa opinião, há que adoptar uma posição mais “dogmática”, menos histórico-filosófica da questão da renúncia a direitos, liberdades e garantias.

Acompanhamos, no essencial, Jorge Reis Novais: a renúncia a tais direitos, liberdades e garantias é, em geral, lícita (Jorge Reis NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, in IDEM, *Direitos fundamentais. Transfós contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 239: III.2 [primeiro publicado in Jorge MIRANDA, org. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 263-355]; Benedita MAC CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, 101-102, nota 277; cfr.

art.º 81.º, n.º 2, do CC, e 38.º, números 1 e 2, do Código Penal; v., todavia, as notas certeiras de José de Melo ALEXANDRINO, in *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 2.ª ed., 23, a), pg. 148 (nota 466)), sendo uma forma de exercício do direito fundamental (se disponível) e forma de preenchimento do conceito aberto de dignidade de pessoa humana (havendo mesmo situações de pressão ou dependência que não invalidem a renúncia, desde que seja uma escolha consciente, que permita a prossecução de fins pessoais, e que, na perspectiva do interessado, lhe venha trazer alguma vantagem (Jorge Reis Novais); tendo, não obstante, como o limite indisponível do núcleo duro dessa mesma dignidade (v. Reis NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, 273-278: III.4.2.; Benedita MAC CRORIE, “Renúncia (a) ao direito à reserva da intimidade da vida privada”, in Jorge Bacelar GOUVEIA, dir., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º Supl., Lisboa, 2007 635-639; IDEM, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, 107, nota 289; art.º 38.º, n.º 1, do Código Penal, a contrario sensu, ao aludir a “interesses jurídicos livremente disponíveis”).

V. sobretudo Reis NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, 211-282; IDEM, “Renúncia aos direitos fundamentais”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento.

E também: José de Melo ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 2.ª ed. rev. actual., Estoril: Príncipeia, 2011, 146-151; Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 306 s.; Ricardo BERNARDES, “A auto-suspensão de direitos fundamentais — Reflexões em torno da sua admissibilidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 51/1 (2010) 455-526; Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 463-465; Mariana Melo EGÍDIO, *Renúncia a direitos fundamentais. Relatório de Mestrado*, Lisboa: FDUL, 2011.; MAC CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, 101-102 (nota 277), 107 (nota 289); IDEM, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra: Almedina, 2013; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 503-506: 109 (desde a 5.ª edição, Jorge Miranda passou a designar o instituto como “auto-restrição e auto-suspensão de direitos”); QUEIROZ, *Direitos fundamentais*, 366-373; Jorge Pereira da SILVA, *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais. Fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, 315-318, 442 s., em particular 454-455, e 482 s.; Maria Clara Teles TERZIS, *Limites à renúncia a direitos fundamentais pelos particulares nas relações entre privados. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas*, Lisboa: FDUL, 2006; Luis María Díez-PICAZO, “Nota sobre la renúncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, 45 (2001) 132-138.

Admitindo a renúncia em concreto ao exercício de posições jusfundamentais, Jorge MIRANDA / Jorge Pereira da SILVA, “Artigo 18.º, XX”, in Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 337.

Em âmbitos mais específicos, v. Paulo Mota PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Jorge de Figueiredo DIAS *et al.*, org., *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. 2: Estudos Variados, Direito Comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 527-558; MAC CRORIE, “Renúncia (a) ao direito à reserva da intimidade da vida privada”, 630-631; Paulo OTERO, “Disponibilida-

samento é ou pode ser profiláctico<sup>144</sup>: “mens sana in matrimonio”. Com efeito, “[o] amor [conjugal]

de do próprio corpo e dignidade da pessoa humana”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, 107-138.

Considerando “A renúncia ao procedimento criminal” de deixa-crime, em crimes semi-públicos ou dependentes de acusação particular, em Direito Processual Penal como “um negócio jurídico informal não receptício”, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Abril de 1986 (fonte: dgsi).

<sup>144</sup> A forma que o Direito encontrou para crismar esse amor entre homem e mulher foi o casamento.

É certo que, mais importante do que o casamento-instituição, é a relação mútua (“it is the relationship, not the institution, that is key” (Stephanie Coontz).

Os dados sociológicos parecem comprovar a satisfação pessoal do estado de casado.

Um estudo científico, elaborado em associação entre a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Universidade de Harvard, concluiu que homens e mulheres casados são menos susceptíveis a várias doenças do foro psicológico. Os casados têm menos tendência a sofrer de pressões e ter sintomas de ansiedade do que os solteiros ou divorciados (17 de Dezembro de 2009, jornalista Cândida Santos Silva).

Uma outra investigação, realizada na Alemanha, pela Universidade de Bielefeld, tendo por base um inquérito feito a mais de 12 mil pessoas do sexo masculino, concluiu que os homens casados ganham cerca de três vezes mais do que quando estavam solteiros (ganhando também mais, por comparação com aqueles que vivem em união de facto).

A explicação veiculada por esta investigação é a de que, após contrair casamento, o homem ganha mais sentido de responsabilidade e fortalece a sua ética profissional (3 de Fevereiro de 2010, jornalista Cândida Santos Silva).

Um outro estudo (realizado por médicos do *New England Research Institute*, coordenada pela investigadora Susan A. Hall, publicado no *American Journal of Cardiology*, apud Cândida Santos Silva, <[www.expresso.pt](http://www.expresso.pt)>, 24 de Janeiro de 2010) conclui o seguinte: Homens com uma vida sexual menos activa têm uma incidência maior de distúrbios, como a disfunção sexual, o colesterol e a hipertensão. Os homens com mais disposição para o sexo costumam ser menos sedentários e cuidarem melhor da saúde, fazer sexo de duas a três vezes por semana pode ter um efeito protector para o coração. Praticar sexo duas vezes por semana ajuda a reduzir a tensão arterial. Para além de a prática do sexo poder ser um exercício de intensidade moderada, as hormonas libertadas após a ejaculação, ajudam a equilibrar uma série de funções metabólicas.

A prática de sexo contribui também para diminuir a incidência de diabetes.

Traumas e outras perturbações de maior intensidade — como a perda do amado — enfraquecem o sistema imunitário.

William Farr, em 1858, foi um dos primeiros a sustentar que a boa saúde estava ligada ao casamento.

Todavia, estas conclusões têm vindo a ser algo contestadas.

Tara Parker-Pope, autora do livro For Better: The Science of a Good Marriage embora reconhecendo, na esteira de estudos anteriores, que o casamento está profundamente ligado à saúde e ao bem-estar (menor propensão para ser atacado por pneumonia, desenvolver can-

pode enriquecer de uma dignidade especial as manifestações do corpo e do espírito” (Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, n.º 49)<sup>145</sup>.

O matrimónio e a família por ele originada são, pois, “um dos bens mais preciosos da Humanidade”<sup>146</sup>.

cro ou ter ataques cardíacos), entende estes benefícios com *nuances, cum grano salis*.

Há, pois, que distinguir entre relações matrimoniais felizes e infelizes (*n. g.*, em constante acrimónia; ou com discussões à hora de refeição, que potencia triglicéridos, isto é, obesidade) (pois os casais nesta última situação estão mais sujeitos a doenças do que os primeiros).

Por outro lado, o benefício do casamento desaparece logicamente aquando do divórcio, ficando essas pessoas tão susceptíveis em termos físicos como as que nunca casaram.

Não se vai ao ponto de dizer que há casamento-instituição em sentido material.

Mas é um direito muito longe de estar plenamente concretizado e de obedecer à sua “*ratio*”.

Um “casamento sem amor” é, oco, vazio; em si, uma *contradictio in terminis*. Cfr. Diogo Leite de CAMPOS, “A invenção do Direito matrimonial”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 62 (1986).

Considerando, mais radicalmente, que um casamento sem amor — com a obrigação de se absterem de relações sexuais; ou impotência (conscientes disso) “é um contrato simulado e não dá origem a qualquer casamento”. KANT, *A Metafísica dos costumes*, Parte II (*Princípios metafísicos da Doutrina da Virtude*) § 24, [pg. 279], pg. 124.

Há decerto fraude à lei, mas, mais directamente, a violação dos deveres conjugais de coabitação e do núcleo injuntivo da comunhão conjugal.

Não se nega a imutabilidade dos sentimentos. Eles evoluem (ou podem evoluir), como tudo na vida (veja-se a ópera *Così fan tutte*, de Mozart, com libreto de Lorenzo da Ponte...). Nesse ponto, concordamos com o “realismo” do libreto, embora numa situação muito específica, de grande incerteza quanto ao regresso dos noivos e anterior à celebração do casamento.

Em todo o caso, julga-se que as vantagens do estado de casado são latentes. Se o casamento não correr bem, há a possibilidade de divórcio.

O que se descrê é que tais vantagens se verifiquem plenamente quer na união de facto heterossexual; quer no “casamento” entre pessoas do mesmo sexo; uma vez que o casamento foi delineado para ser celebrado entre homem e mulher.

<sup>145</sup> O amor conjugal tem quatro características: humano; total; fiel e exclusivo; e fecundo — PAULO VI, Carta Encíclica *Humanae Vitae*, n.º 9; v. RODRIGUES, *Vínculos imortais*, 29-30. Pelo exposto, não se concorda plenamente com a última característica, senão porventura num sentido metafórico.

<sup>146</sup> JOÃO PAULO II, *Familiaris Consortio*, n.º 1. Assim, para a religião católica, a família é o grande projecto de Deus concedido à Humanidade — RODRIGUES, *Vínculos imortais*, 35.

3.2.1. “[O] matrimónio é a melhor garantia do bem e da prosperidade das famílias e dos Estados”<sup>147</sup>.

*A protecção do casamento é também justificada devido a “potenciar a estabilidade, a responsabilidade e a solidariedade familiares, através dos deveres recíprocos que dela decorrem”*<sup>148</sup>.

#### 4. Consequências da posição adoptada

A verdade constitucional “é precisamente aquilo que de nenhum modo pode ser destruído, por mais oposições que encontre”<sup>149</sup>.

A conclusão que se impõe é esta: as alterações ao regime do casamento, constantes do art.º 2.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, padecem de inconstitucionalidade material.

O Legislador tem o dever de revogar essa Lei, à luz do princípio do autocontrolo da validade<sup>150</sup> (cfr. art. 162.º, alínea a), da CRP).

4.1. Em alternativa à revogação da lei, e face à posição assumida pelo TC, sempre existe a possibilidade de a questão ser clarificada (reitere-se, sem inovação face à interpretação que adoptamos) em sede de revisão constitucional.

Apesar de não sermos favoráveis, em geral, a um revisionismo constitucional<sup>151</sup>, dada a importância da

<sup>147</sup> Manuel Nunes GIRALDES, *Defesa da dissertação inaugural sobre a legitimação dos filhos espúrios por subseqüente matrimónio*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1860, 14 (referido no n.º 11 da sua dissertação).

<sup>148</sup> Rita Lobo XAVIER, “A vinculação do Direito da Família aos «direitos da família»”, 156, nota 27.

<sup>149</sup> Parafraseando Júlio FRAGATA S.J., *Problemas da Filosofia contemporânea*, Braga: Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, 1989, 46.

<sup>150</sup> V. Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português, Vol. II: Organização do Poder Político*, 69-71: 12.10.

<sup>151</sup> Em sentido contrário ao “frenesim constitucional”, Autores de renome na Doutrina, a começar pelo Professor Jorge MIRANDA, “Acabar com o frenesim constitucional”, in *Nos 25 Anos da Constituição da Repú-*

matéria, se dúvidas restassem, a questão poderia ser resolvida, cirurgicamente, nessa sede, ao nível do poder constituinte derivado<sup>152</sup>.

Procurando não alterar a numeração do preceito, propomos o seguinte articulado:

Artigo 36.º  
(Casamento, família e filiação)<sup>153</sup>

1. O homem e a mulher têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. Todos têm o direito de constituir família, o elemento natural e fundamental da sociedade<sup>154</sup>.
- (...) 3. [actual n.º 2]

## 5. Reflexões finais

Creemos que, a este respeito e em muitos outros, ainda não terão sido exploradas todas as potencialidades da DUDH.

*blica Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa: AAFDL, 2001, 653 s.

<sup>152</sup> Esse foi, como se disse, o caminho encetado pela maioria dos Estados federados norte-americanos; e conforme está expresso, por exemplo, na Constituição brasileira de 1988.

<sup>153</sup> Justifica-se a inversão, na epígrafe, colocando em primeiro lugar o casamento.

<sup>154</sup> Embora, em geral, seja de evitar definições por parte do Legislador, este aditamento justifica-se, pois se encontra previsto no art.º 16.º, n.º 3, da DUDH.

Evidentemente que, no direito de constituir família, se aplica, por argumento de maioria de razão, o direito especial de igualdade, enunciado na 1.ª parte do preceito.

Os aplicadores da Constituição ainda não terão feito pleno uso de todo o instrumentário da Declaração, antes pelo contrário.

Esperamos que tal possa vir a suceder, no desenvolvimento constitucional<sup>155</sup>.

Eis um papel renovado que pode ser reconhecido à DUDH.

Em nosso entender, tem faltado cultura e consciência de Constituição.

A interpretação da Constituição-enunciado tem um significado decisivo para a preservação e consolidação da sua força normativa<sup>156</sup>.

Este poderá ser um passo histórico na revitalização da força normativa da Constituição e do seu 16.º, n.º 2, em particular.

Urge, pois, defender a Constituição e a sua força normativa<sup>157</sup>, em conformidade com uma solução pacífica resultante das tradições dos vários povos.

<sup>155</sup> Sobre este conceito, cfr. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1073, 1141; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Vol. I. 2: O sistema constitucional português*, 10.ª ed, rev. atual., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 275-276: n.º 77.III (na 8.ª ed., 417: n.º 140.III; na 9.ª ed., 435-436: n.º 142.III); IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, II, 7.ª ed., 183-184: n.º 40.VIII.

<sup>156</sup> Neste sentido, cfr. Konrad HESSE, *A força normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, 22: II.2.b (original: *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübinga: Mohr).

<sup>157</sup> Cfr. HESSE, *A força normativa da Constituição*, 20: “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há-de ser o desenvolvimento da sua força normativa” (II.2).

## Notícias

### 1. Cursos breves e Cursos de Pós-graduação

24 de Outubro 2015 (10h30 – 13h00)

#### 6.º Curso Breve em Responsabilidades Parentais

**As Responsabilidades Parentais na Lei n.º 61/2008**

*Rosa Cândido Martins:* Faculdade de Direito de Coimbra

24 de Outubro 2015 (14h30 – 17h00)

#### Regulação das Responsabilidades Parentais nos casos de Ruptura Familiar

*Ana Isabel Lobo Xavier:* Juiz de Direito no Tribunal de Família de Matosinhos

*Maria de Lurdes Correia:* Procuradora da República no Tribunal de Família de Matosinhos

31 de Outubro 2015 (10h30 – 17h00)

#### Regulação das Responsabilidades: Estudo de Casos

*Ana Isabel Lobo Xavier:* Juiz de Direito no Tribunal de Família de Matosinhos

*Maria de Lurdes Correia:* Procuradora da República no Tribunal de Família de Matosinhos

31 de Outubro 2015 (14h30 – 17h00)

#### O Direito às Relações Pessoais entre Avós e Netos

*Rosa Cândido Martins:* Faculdade de Direito de Coimbra

*Paula Távora Vítor:* Faculdade de Direito de Coimbra

7 de Novembro de 2015 (10h30 – 17h00)

#### Inibição e Limitação das Responsabilidades Parentais

*Ana Rita Alfaiate:* Faculdade de Direito de Coimbra

*Pedro Branquinho Ferreira Dias:* Procurador da República na Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra

7 de Novembro de 2015 (14h30 – 17h00)

#### Obrigações de Alimentos e Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores

*João Paulo Remédio Marques:* Faculdade de Direito de Coimbra

*Hélder Roque:* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

#### 3.º Curso Breve de Divórcio

14 de Novembro de 2015 (10h30 – 11h30)

#### Fundamentos da Lei n.º 61/2008. A influência dos princípios da CEFL

*Rosa Cândido Martins e Paula Távora Vítor:* Faculdade de Direito de Coimbra

14 de Novembro de 2015 (12h00 – 13h00)

#### Mediação familiar e divórcio

*Anabela Quintanilha:* Advogada

14 de Novembro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Divórcio por mútuo consentimento nas Conservatórias de Registo Civil**

**Divórcio por mútuo consentimento nos tribunais**

*Maria Cesaltina Ferreira Dias:* Conservadora do Registo Civil

*Rui do Carmo:* Procurador do Ministério Público

*Helena Lama:* Juiz de Direito no Tribunal de Família e de Menores de Coimbra

21 de Novembro de 2015 (10h30 – 13h00)

**Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges**

**O problema da culpa no divórcio**

**Ampliação do Divórcio Ruptura**

*Paulo Guerra:* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra e Docente do CEJ

*Rosa Cândido Martins:* Faculdade de Direito de Coimbra

21 de Novembro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Consequências patrimoniais do Divórcio**

**Reparação de danos**

*Sandra Passinhas:* Faculdade de Direito de Coimbra

28 de Novembro de 2015 (10h30 – 13h00)

**Divórcio, Separação e Inventário**

*João Maia:* Bastonário da Ordem dos Notários

28 de Novembro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Harmonização em Direito Comunitário**

**Cross-border Divorce**

*Nuno Ascensão Silva:* Faculdade de Direito de Coimbra

*Geraldo Rocha Ribeiro:* Faculdade de Direito de Coimbra

10 de Janeiro de 2015 (10h30 – 13h00)

**3.º Curso Breve de Pós-graduação em Adopção e Apadrinhamento**

**Adopção: noção, constituição, modalidades e efeitos**

**Definição do Projecto de Adopção. Situação de adoptabilidade**

*Helena Bolieir:* Juiz de Direito; Docente do CEJ

10 de Janeiro de 2015 (14h00 – 16h30)

**Processo de Adopção**

**Candidatura. Período de Pré-adopção. Processo Judicial**

*Geraldo Ribeiro:* Faculdade de Direito de Coimbra

*Cristina Dias:* Centro Distrital de Coimbra da Segurança Social

10 de Janeiro de 2015 (17h00 – 18h30)

**Estudo de Casos: Adopção e Processo de Adopção**

*Maria do Rosário C. Sousa Rainho Ataíde:* Directora do Núcleo de Infância e Juventude do Centro Distrital de Coimbra

*Maria Perquilhas:* Juiz de Direito; Docente do CEJ



17 de Janeiro de 2015 (10h30 – 13h00)

### **A adoção internacional**

#### **A Convenção de 29 de Maio de 1993 relativa à protecção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional**

*Nuno Ascensão Silva*: Faculdade de Direito de Coimbra

### **A participação das autoridades centrais: sucessos e dificuldades**

*Dra. Isabel Pastor*: Autoridade Central Portuguesa — Representante do Instituto da Segurança Social, I.P. — Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social

17 de Janeiro de 2015 (14h00 – 16h30)

### **Apadrinhamento Civil**

*Ana Rita Alfaiate*: Faculdade de Direito de Coimbra

17 de Janeiro de 2015 (17h00 – 18h30)

### **Estudo de Casos: Articulação da Adopção com outras medidas de protecção**

*Teresa Sá Lopes*: Juiz de Direito

*Rui Amorim*: Procurador da República

28 de Fevereiro de 2015 (10h30 – 13h00)

### **3.º Curso Breve de Pós-graduação em Comissões de Protecção**

#### **Promoção e Protecção dos Direitos das Crianças e dos Jovens em Perigo**

*Rosa Clemente*: Investigadora e Docente no ISCSP; Membro do Centro de Direito da Família

28 de Fevereiro de 2015 (14h30 – 17h00)

### **Processo de Promoção e Protecção dos Direitos. Intervenção do MP**

*Maria Perquilhas*: Juiz de Direito; Docente do CEJ

*Norberto Martins*: Procurador da República; Docente do CEJ

7 de Março de 2015 (10h30 – 13h00)

### **Comissões de Protecção Crianças e Jovens**

*Paulo Guerra*: Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto; Docente do CEJ

*Marta San-Bento*: Jurista e Membro do Centro de Direito da Família

7 de Março de 2015 (14h30 – 17h00)

### **Medidas de Protecção**

*Eliana Gersão*: Membro do Centro de Direito da Família

*Rosa Clemente*: Investigadora e Docente no ISCSP; Membro do Centro de Direito da Família

14 de Março de 2015 (10h30 – 13h00)

### **Estudo de Casos: A Escola. Articulação com as CPCJ e os Tribunais**

*Fátima Gonçalves*: Representante do Ministério da Educação junto da CPCJ de Coimbra

*Marta San-Bento*: Jurista e Membro do Centro de Direito da Família

*Rui do Carmo*: Procurador da República

**14 de Março de 2015** (14h00 – 16h30)

**Estudo de Casos: A Saúde. Articulação com as CPCJ e os Tribunais**

*Jeni Canha:* Directora de Serviço do Hospital Pediátrico de Coimbra; Professora da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra

*Marta San-Bento:* Jurista e Membro do Centro de Direito da Família

*Rui do Carmo:* Procurador da República

**14 de Março de 2015** (17h00 – 19h00)

**Estudo de Casos: Crianças e Jovens em Perigo e Articulação entre Medidas de Protecção e Medidas Tutelares Cíveis**

*Paulo Correia:* Juiz desembargador

*Catarina Fernandes:* Procuradora da República e Docente do CEJ

**7 de Fevereiro de 2015** (10h30 – 13h00)

**3.º Curso Breve de Pós-graduação em Direito Internacional Privado dos Menores**

**As responsabilidades parentais nas relações internacionais: direito convencional e europeu**

**O Direito internacional privado das responsabilidades parentais: problemas, tendências e soluções**

*Nuno Ascensão Silva:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Apresentação e análise de casos**

*Geraldo Ribeiro:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**7 de Fevereiro de 2015** (14h00 – 17h00)

**O rapto internacional de menores**

**O rapto internacional de menores no direito convencional e europeu**

*Nuno Ascensão Silva:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**O rapto internacional de menores: análise de casos**

*Geraldo Ribeiro:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**O papel da autoridades centrais nos instrumentos internacionais relativos ao rapto**

*Natércia Fortunato:* Representante da Autoridade Central Portuguesa — Direcção-Geral de Reinserção Social do Ministério da Justiça

**21 de Fevereiro de 2015** (10h30 – 13h00)

**A adopção internacional**

**A Convenção de 29 de Maio de 1993 relativa à protecção das crianças e à cooperação em matéria de adopção internacional**

*Nuno Ascensão Silva:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## **A participação das autoridades centrais: sucessos e dificuldades (Autoridade Central Portuguesa)**

*Isabel Pastor:* Representante do Instituto da Segurança Social, I.P. — Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social

21 de Fevereiro de 2015 (14h30 – 17h00)

### **Os alimentos devidos a menores**

#### **O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares**

*Nuno Ascensão Silva:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Ou

*Geraldo Ribeiro:* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### **Problemas práticos da cobrança de alimentos no estrangeiro [Representante da Autoridade Central Portuguesa no Regulamento]**

*Renata Margarido:* Direcção-Geral da administração da Justiça — Serviço de Cooperação Judiciária Internacional

21 de Março de 2015 (10h30 – 13h00)

### **2.º Curso Breve de Pós-graduação em Tutela Educativa**

#### **Legitimação. Fins e Pressupostos da Intervenção tutelar educativa junto das Crianças e Jovens**

*António Carlos Duarte Fonseca:* Professor Auxiliar Convidado do ISPA

21 de Março de 2015 (14h30 – 17h00)

### **Os territórios da Delinquência Juvenil**

*Maria João Leote de Carvalho:* Investigadora do CES-NOVA, Centro de Estudos de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa

28 de Março de 2015 (10h30 – 13h00)

### **Processo Tutelar**

*Paulo Guerra:* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto; Docente do CEJ

*Rui do Carmo:* Procurador da República

*Helena Lages:* Advogada

28 de Março de 2015 (14h30 – 17h00)

### **Medidas Tutelares Institucionais e não Institucionais**

*Helena Bolieiro:* Juiz de Direito; Docente do CEJ

*Norberto Martins:* Procurador da República; Docente do CEJ; Representante das ONGs na Comissão de Fiscalização dos Centros Educativos

**11 de Abril de 2015** (10h30 – 13h00)

**Estudo de Casos: Medidas Tutelares**

*Paulo Guerra:* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto; Docente do CEJ

*Natércia Fortunato:* Chefe da Divisão Jurídica e Auditoria da DGRS

*Nelson Ribeiro:* Subcomissário da Divisão de Investigação Criminal da PSP de Lisboa

**11 de Abril de 2015** (14h30 – 17h00)

**Estudo de Casos: Articulação entre medidas tutelares e medidas de protecção e penas**

*Helena Bolieiro:* Juiz de Direito; Docente do CEJ

*Norberto Martins:* Procurador da República; Docente do CEJ; Representante das ONGs na Comissão de Fiscalização dos Centros Educativos

**18 de Abril de 2015** (10h30 – 13h00)

**3.º Curso Breve de Pós-graduação Violência Doméstica**

**Enquadramento legal do crime de violência doméstica**

*Helena Gonçalves:* Procuradora da República

**18 de Abril de 2015** (14h30 – 18h30)

**Avaliação e intervenção sobre agressores conjugais: Do risco de violência ao risco de homicídio**

*Rui Abrunhosa Gonçalves:* Prof. Associado c/ Agregação da Escola de Psicologia da Universidade do Minho, especializado na área da Psicologia da Justiça

**9 de Maio de 2015** (10h30 – 13h00)

**Violência doméstica e Crianças**

*Jeni Canha:* Directora de Serviço do Hospital Pediátrico de Coimbra, Professora da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra

*Ana Rita Alfaiate:* Faculdade de Direito de Coimbra

**9 de Maio de 2015** (14h30 – 16h30)

**Violência doméstica sobre Idosos e Adultos com Capacidade diminuída**

*Ana Rita Alfaiate:* Faculdade de Direito de Coimbra

**9 de Maio de 2015** (17h00 – 18h30)

**Iniciativas legislativas sobre violência doméstica em Portugal**

*Elza Pais:* Presidente da Subcomissão da Igualdade; Grupo Parlamentar do Partido Socialista

**19 de Janeiro de 2015** (9h30 – 13h00)

**2.º Curso Intensivo em Direito da Família (destinado a juristas brasileiros)**

**Casamento, União de facto e Divórcio**

**Modalidades de casamento: civil ou católico.**

**Casamento civil em forma religiosa.**

**União de Facto; efeitos.**

*Francisco Manuel Brito Pereira Coelho:* Faculdade de Direito de Coimbra

19 de Janeiro de 2015 (14h30 – 17h00)

### Casamento, União de facto e Divórcio

**Divórcio por mútuo consentimento e divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; consequências patrimoniais e reparação de danos**

*Sandra Passinhas*: Faculdade de Direito de Coimbra

20 de Janeiro de 2015 (9h30 – 13h00)

**Filiação. Alguns temas sobre o Estabelecimento da Filiação (Relevo da verdade biológica; Averiguação oficiosa; Investigação de Paternidade). Reprodução Medicamentada Assistida.**

*Guilherme de Oliveira*: Faculdade de Direito de Coimbra

20 de Janeiro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Filiação. Exercício conjunto das Responsabilidades Parentais e Guarda conjunta; Aliamentos devidos a filhos. Valores sócio-afectivos; Relações entre avós e netos; Relações de cuidado e de amizade**

*Rosa Cândido Martins*: Faculdade de Direito de Coimbra

*Paula Távora Vítor*: Faculdade de Direito de Coimbra

21 de Janeiro de 2015 (9h30 – 13h00)

### Direito internacional da Família

**Divórcio e Responsabilidades Parentais no Direito Internacional Privado.**

### Rapto Internacional de Menores

*Nuno Ascensão Silva*: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*Geraldo Ribeiro*: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

21 de Janeiro de 2015 (14h30 – 17h00)

### Protecção de crianças e jovens

**Sistema de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**

### Adopção e Apadrinhamento civil

*Marta San-Bento*: Jurista e Membro do Centro de Direito da Família

*Rui do Carmo*: Procurador da República

22 de Janeiro de 2015 (9h30 – 13h00)

### Protecção de crianças e jovens (continuação)

**Acesso das Crianças e Jovens aos Cuidados de Saúde.**

### Criminalidade Sexual contra Menores

*André Dias Pereira*: Faculdade de Direito de Coimbra

*Ana Rita Alfaiate*: Faculdade de Direito de Coimbra

22 de Janeiro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Tutela educativa de crianças e jovens**

**Sistema Tutelar Educativo**

*Paulo Guerra*: Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra; Docente do CEJ

23 de Janeiro de 2015 (9h30 – 13h00)

**Direitos dos homossexuais**

**Casamento e união de facto.**

**Adopção, Co-adopção e Apadrinhamento civil.**

*Sandra Passinhas*: Faculdade de Direito de Coimbra

23 de Janeiro de 2015 (14h30 – 17h00)

**Os tribunais superiores e o Direito da Família**

**Jurisprudência do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação**

*Helder Roque*: Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

*Paulo Guerra*: Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra; Docente do CEJ

**2. Participação em Projectos Internacionais**

Participação na reunião final do projecto Common Core, em Novembro, na cidade de Palermo (Rosa Cândido Martins e Paula Távora Vítor).

**3. Publicações**

**Publicações periódicas**

*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família.

**Série Monográfica**

AA.VV., *Actas da 7.ª Bienal de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

**4. Actividades individuais dos membros do CDF**

**Por Guilherme de Oliveira**

Participação na Palestra “Novos Rumos para o Direito da Família e das Crianças”, no colóquio Temas de Direito da Família e das Crianças, no CEJ, em 6 de Março de 2015.

**Por Ana Rita Alfaiate**

Publicações:

No âmbito do CDF e do Instituto Jurídico, um artigo subordinado ao tema da intervenção junto de delinquentes menores de idade a publicar na *Lex Familiae* – *Revista Portuguesa de Direito da Família*.

Intervenções orais:

Apresentação do artigo supra, na Conferência “Young People and the Law”, na cidade de Prato, em Itália, entre 21 e 23 de Setembro de 2015.

**Por Rafael Reis**

Congresso de Direito da Família e das Crianças – 10 e 11 de Setembro de 2015, no Hotel Altis, em Lisboa: “Os novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação”.

# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISSN 1645-9660