

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



20 ANOS
Centro de
Direito da
Família

Ano 20 - n.º 40 - 2023
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA





Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate (Secretária Científica)

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Geraldo Rocha Ribeiro

Centro de Direito da Família da FDUC

Paula Távora Vítor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Rosa Cândido Martins

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)

Telf.: 239 821043

cdf@fd.uc.pt

www.centrodedireitodafamilia.org

Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Lex Famíliae

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 20 — n.º 40 — Julho a Dezembro 2023

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

Inscrição na ERC 127769

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

Sumário

Doutrina

	Págs.
Margarida Silva Pereira <i>Vitimizando as comitentes da GS (e privando o acesso de homens). O perfil restrito dos beneficiários, nos termos da Lei n.º 90/2021, de 16 de outubro</i>	5
Helga de Sousa Alves <i>Procriação Medicamente Assistida Post Mortem</i>	17
Cláudia Sofia Antunes Martins <i>As medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança ou jovem em perigo</i>	37
Gustavo Pessoa Pinto <i>Mandato com vista a acompanhamento – perspectiva de um Notário</i>	61
Lina Castro Batista <i>O maior acompanhado e as medidas de apoio</i>	71

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Rui Manuel Moura Ramos <i>Reconhecimento do Talak (Repúdio Islâmico) e Ordem Pública Internacional.</i> <i>Acórdão do tribunal da relação de lisboa (6.ª secção) de 6 de julho de 2023</i>	89

O que diz o Supremo

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o direito da família (1.º semestre de 2023).....	111
Estatuto Editorial	133

Doutrina

VITIMIZANDO AS COMITENTES DA GS (E PRIVANDO O ACESSO DE HOMENS). O PERFIL RESTRITO DOS BENEFICIÁRIOS, NOS TERMOS DA LEI N.º 90/2021, DE 16 DE OUTUBRO (*)

Margarida Silva Pereira

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo: *O presente artigo procura demonstrar que os fundamentos de acesso à gestação de substituição na Lei n.º 90/2021 estigmatizam as mulheres e não têm em consideração os casais transexuais nem os homens inférteis cujas parceiras não querem procriar com gâmetas de dadores.*

Palavras-chave: *estigma; gestação de substituição; homens inférteis; igualdade de género; casais transexuais.*

Abstract: *This article aims to demonstrate that the grounds for surrogacy in law n.º 90/2021 stigmatize women and do not take into account transgender couples and infertile men whose female partners do not accept to procreate with gametes of a third donor.*

Keywords: *stigma; surrogacy; infertility; infertile men; gender equality; transgender partners.*

I. O perfil das comitentes da GS: crítica do acesso por estrita incapacidade de procriar

1. Introdução. O maior mérito da Lei n.º 90/2021: a sua tentativa de respeitar os direitos da gestante e das crianças

I – A lei n.º 90/2021, ainda carente de completude¹, tentou obviar a desconformidades cons-

¹ Nos termos do artigo 5.º, o Governo aprovaria, no prazo de 30 dias após a publicação, a respetiva regulamentação. Tal não sucedeu. No momento

titucionais apontadas à anterior LGS, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. E, neste sentido, incidio sobre as normas que haviam sido consideradas incompatíveis com o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante² e com os direitos das crianças. E alterou-as, independentemente das insuficiências que subsistem.³

Foi incontornável mérito da Lei n.º 90/2021 ter-se concentrado nos direitos da gestante e das crianças. São sempre as mais vulneráveis no acordo a realizar, independentemente do modelo jurídico que o configure.

em que se escreve, foi já publicado, contudo, o Parecer 122/CNECV/2023 sobre o projeto de Decreto-lei que procede à regulamentação da Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro, que altera o Regime aplicável à gestação de substituição.

² Não deixamos, contudo, de lembrar o alerta relativo à extensão da autonomia da vontade que o TC invocou, e bem, mas carece de densificação. Escreve Cristina González Beilfuss, acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que este se de ver como dependente "... da textura mais ou menos aberta do direito material, da questão de saber se esse direito permite escolher diferentes estilos de vida.". É, sem dúvida, um direito muito eivado de matrizes históricas e culturais. Nem a amplitude do Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana que a CRP impõe permite desatenção a este fator. Cf. Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el derecho internacional privado de familia, Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS Vol. 72/1, enero-junio 2020, Madrid, pp. 101-115 (105).

³ Essencialmente sobre violações subsistentes quanto aos direitos das crianças, Margarida Silva Pereira, Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, RFDUL-LLR, LXIV (2023) 1, pp 1551-1600.

II – Deixa-se claro que é sem minimizar, e muito menos obnubilar, a enorme atenção à complexidade desses outros problemas que olhamos, neste breve estudo, a perspectiva da mulher comitente. Que persiste suceder, na lei n.º 90/2021, quanto a esta mulher, que a identifica como vítima paradigmática?

Singrando na tradição do modelo das leis europeias e das práticas aceites nos países que legislaram sobre a matéria⁴, ou que, não tendo legislado, a permitem de forma mais restritiva⁵, a Lei n.º 90/2021 delimitou o acesso à GS a mulheres, casadas ou unidas de facto, que se identificam por uma singularidade patológica: a ausência de possibilidade de levar por diante uma gravidez. Ante a deficiente densificação que se registava na lei anterior sobre os fundamentos da elegibilidade para acesso à GS⁶, a formulação do n.º 2 da Lei n.º 90/2021 mostra-se mais esclarecedora. Reiterando a excecionalidade do procedimento, determina que o mesmo terá lugar tão só em “... casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher” (italico nosso). Eliminou a expressão, vaga, “situações clínicas que o

justifiquem”, que deixava o acesso à GS ao alvedrio de uma decisão médica muito complexa.

Mas terá a clarificação jurídica tido em devida conta os direitos da comitente, olhados estes em perspectiva de igualdade de género?

Creemos que não. E tentaremos demonstrá-lo.

2. Os pressupostos da GS: para além das patologias uterinas, mas enunciando-as proeminentemente e perversamente

2.1. Sobre as patologias uterinas

I – Embora se verifique, como afirmado, uma maior determinação do acesso à GS, o elenco continua questionável.

Quanto ao pressuposto de falta de útero, recorda-se que foi já implementada, com sucesso, a técnica de transplante de útero⁷, pelo que se coloca, à primeira vista, a questão de saber se, vindo a ser a cirurgia possível, no caso concreto, subsiste a elegibilidade da mulher que possa ser submetida à mesma para comitente. É de considerar que, tratando-se de uma experiência recente⁸, o problema dificilmente venha a colocar-se no curto prazo.

Por outro lado, se o acesso à GS ficava melhor determinado, caso a Lei n.º 90/2021 assumisse

⁴ Na lei grega, a gestação de substituição foi introduzida no Código Civil pela Lei n.º 3089/2002 e alterada pela Lei n.º 3305/2005. Segundo o artigo 1458, o material genético implantado no corpo da gestante não deverá pertencer-lhe e o procedimento depende de decisão judicial. O tribunal apreciará igualmente o acordo, escrito, entre a comitente ou os comitentes e a gestante, devendo o cônjuge desta, quando exista, dar o seu acordo para o efeito. E o tribunal certifica-se de que a comitente não goza de saúde para levar a efeito a gestação, tal como de que a gestante goza, igualmente, de boa saúde para tal.

⁵ É o caso da Holanda. A intervenção médica para aceder à GS impõe que ambos os comitentes tenham relação genética com a criança, o que vale por dizer, o embrião a implantar no útero da gestante conterá o material genético de ambos. E o recurso ao procedimento tem de ser medicamente comprovado.

⁶ O artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2016 afirmava que “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.”.

⁷ Sobre o tema Alejandra Aguilar Crespo, Julia Escrig Estrems, Loida Pamplona Bueno, María José Quinsá Redondo e César Diaz García, *El Trasplante de útero: una puerta abierta a la posibilidad de tener hijos*, RJUAM, n.º 35, 2017-I, pp. 215-233. Escrevem: “[o transplante de útero] apesar de ser uma técnica em fase experimental, começa a dar resultados positivos. Diferentemente dos transplantes de rim, de coração e de fígado, o transplante de útero não supre uma função vital, mas melhora a qualidade de vida, substituindo a função de um órgão ausente ou que não funciona.”. (p. 216-17). Sobre o tema, também M. Brännstrom, C.A. Wranning e A. Altchek, *Experimental uterus transplantation*, Hum Reprod Update, vol. 16, 2010, pp. 329-4.

⁸ Sobre as questões jurídicas suscetíveis pela ectogénese num futuro que a viabilize Rafael Vale e Reis, *Procriação medicamente assistida. Gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 228-229.

que é possível a GS nos casos de “impossibilidade definitiva de gravidez e de ausência de doença ou situação que coloque em risco a vida da mulher que engravide”, também é verdade que o acento tónico colocado nas debilidades gestacionais da mulher em nada promove os direitos das mulheres. A fórmula legal, se bem que não infrinja de modo direto nenhum preceito da CRP, centra o acesso à GS num paradigma que estigmatiza as mulheres, uma vez que acentua uma sua debilidade orgânica, focando o “paradigma uterino” com grande ênfase face a outras impossibilidades de acesso à gestação. Se os casos de ausência ou patologia do útero não são os únicos tidos em conta, qual o sentido de os apresentar com especial relevo na lei? A solução é sobretudo questionável, sabendo-se a dimensão simbólica da legislação e sendo inequívoco que este elenco vem exprimir a diminuição – errada do ponto de vista dos objetivos da lei – que pretende, afinal, englobar todas as causas que determinem incapacidade de procriar.

II – Conclui-se, pelas razões apresentadas, que há uma moralização encriptada no entendimento legislativo do acesso à GS que acentua esta vulnerabilidade das mulheres que não podem gerar⁹. Em boa verdade, o fundamento parece radicar, insistimos, em algo que se entende como *capitis diminutio* evidente. Esta circunstância redundará numa prática legislativa, assumida, que acentua o entendimento

⁹ Trata-se de uma afirmação ousada, admitimos. No âmbito jusfamiliar, a vulnerabilidade não é inerente a uma das partes da relação. Como afirma Cristina González Beilfuss, a vulnerabilidade é mesmo um “... elemento que caracteriza a relação. Os membros do casal não costumam ter uma atitude vigilante ao negociar, se é que o fazem, os termos da sua relação. Psicologicamente não é habitual que contemplem realisticamente os riscos de rutura e as adversidades que podem ser causadas a eles ocorrer.”. Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual cit., p. 113. Mas a vulnerabilidade feminina que identificamos tem pressupostos biopsíquicos, integra a específica circunstância das mulheres. Merece-nos, sem sombra de dúvida, autonomia e consideração jurídica próprias.

esterotipado¹⁰ acerca das pessoas do sexo feminino. Trata-se da convicção de que as mulheres privadas de útero ou sofrendo patologias uterinas, que num contexto conjugal ou de união de facto, pretendam ter filhos, têm uma circunstância mais carenciada do que outras (concretamente, mulheres que, por motivos vários, não podem levar uma gravidez a bom termo) no que respeita ao acesso à maternidade.

III – Tal vitimização não se compatibiliza com os Direitos Humanos das Mulheres, que impõe o respeito do ser humano integral, em todas as suas potencialidades e complexidades, desconsiderando que se evidenciem focos de debilidade aí onde, no passado, e ainda hoje, em muitas culturas menos afeiçoadas ao princípio da igualdade, a valia feminina se associa sobretudo à virtualidade procriativa.

É a dignidade das mulheres que assim se faz claudicar, sob um, sem dúvida atendível, mas não devidamente acautelado, respeito por quem sofre¹¹.

2.2. Para além da privação “natural” de útero: a transexualidade enquanto realidade encriptada pela Lei

I – Ocorrerá perguntar se uma mulher transexual pode aceder à GS.

O problema não costuma ser colocado. Nem, em bom rigor, a temática deve ser encarada como problema jurídico autónomo. Com efeito, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, CRP, nenhuma pessoa pode ser prejudicada, privada de qualquer direito, para além de outros fundamentos explicitados, em

¹⁰ De acordo com a Comissão de Direitos Humanos da ONU, “Um estereótipo de género é, na sua essência, uma crença e essa crença pode levar o seu detentor a fazer suposições sobre membros do grupo a que a mesma se refere, mulheres e/ou homens. Em contrapartida, estereotipar em razão do género significa aplicar essa crença estereotipada a uma pessoa.”. Gender stereotypes and Stereotyping and women’s rights, 2014.

¹¹ Cf. Roberto Andorno, “Dignidad humana”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, España, Universidad de Deusto-Comares, 2011, t. I, p. 658.

razão da sua orientação sexual. O direito à identidade sexual deve ter-se por compreendido. Já o artigo 14.º da CEDH tem uma compreensão mais ampla do princípio da não discriminação, pois assegura o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos (entre os quais estão os direitos à vida privada e familiar do artigo 8.º) independentemente de qualquer situação/fundamento. E mais assertivamente, lê-se no artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 12 que a discriminação é proibida “nomeadamente”, em razão “do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação.” E o TEDH vem evidenciando, sobretudo a partir do século XXI, uma firmeza crescente, cunhada desde *A.P., Garçon et Nicot c. France*¹², a afirmação de que as discriminações em razão da identidade de género não são toleráveis e, como tal, não se compaginam com o cumprimento da CEDH pelos Estados signatários¹³. É certo que o TEDH ainda não logrou a assertividade desejada nesta matéria. Assim, uma decisão sua de 2021 não é tão contundente como a *supra* citada: refere-se *X. v. Macedonia*¹⁴. Mas nem por isso se deixa de

considerar que o princípio está cristalizado por si¹⁵. As vozes dissonantes de alguns juízes neste último caso mostram isso mesmo: que aos países signatários discordantes resta hoje erguer uma voz já isolada e por isso enfraquecida¹⁶.

O TEDH não se pronunciou, até hoje, sobre a GS *a se*¹⁷, algo que deixa completamente fora do seu horizonte a questão do acesso de transexuais à mesma.

II – A entrada em vigor da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, relativa ao Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa, repre-

¹⁵ Escreve Caroline Hansen: “Por último, no processo *X v. Macedonia*, o Tribunal referiu-se à queixosa como uma «transexual pré-operatória» (2019, n.º 69), dando a entender que as pessoas trans que não foram submetidas a cirurgias se encontram numa situação temporária, à espera de um estado final.” Dismantling or perpetuating gender stereotypes. The case of trans rights in the European Court of Human Rights’ jurisprudence. No entanto, concluiu que as circunstâncias do caso haviam colocado a queixosa numa situação que as circunstâncias do caso em apreço revelam lacunas legislativas e deficiências graves que deixam o requerente numa situação “... de incerteza angustiante em relação à sua vida privada e ao reconhecimento da sua identidade (...). O exame moroso do pedido do requerente, da exclusiva responsabilidade das autoridades nacionais, tem consequências negativas a longo prazo para a sua saúde mental.” E, por essa razão, concluiu que “... as considerações precedentes são suficientes para permitir ao Tribunal concluir que o atual quadro jurídico do Estado demandado não prevê “procedimentos rápidos, transparentes e acessíveis” para alterar nas certidões de nascimento o sexo registado das pessoas transexuais.”

Disponível em revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ/article/view/7022/6744

¹⁶ Sobre o caso Margarida Silva Pereira, “Proibição de discriminação em função do género”, AA, VV., Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Editora, 2019, vol. II, pp. 1953-1972 (1948-50).

¹⁷ Com efeito, o problema que sobretudo se tem apreciado é a aferição do superior interesse da criança que entra no país dos comitentes ou comitente da GS, mas, porventura, não possui o material genético de um deles. Assim, o Parecer relativo ao reconhecimento no direito interno de uma relação jurídica de filiação entre uma criança nascida através de um contrato de maternidade de substituição gestacional no estrangeiro e a futura mãe, solicitado pela Cour de Cassation francesa (pedido n.º P16-2018-001, de 10 de abril de 2019) contempla questões em que “... uma criança tenha nascido no estrangeiro através de um contrato de maternidade de substituição gestacional e tenha sido concebida utilizando os gâmetas do futuro pai e de um terceiro dador, e em que a relação legal de filiação com o futuro pai tenha sido reconhecida no direito interno.” Disponível em hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380464-8364383

¹² Queixas n.ºs 79885/12, 52471/13 et 52596/13. Decisão torna-se definitiva em 6 de julho de 2017. Disponível em hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%22%3A%22001-172556%22%7D

¹³ Embora haja decisões anteriores do TEDH que parecem inclinar-se no mesmo sentido, é em que o TEDH vem considerar, pela primeira vez, que a exigência de uma esterilização obrigatória para efeito de reconhecimento legal do género viola o artigo 8.º da CEDH. A decisão tem, como efeito direto, que mais de vinte Estados-Membros do Conselho da Europa se coloquem na obrigação de reformar a sua legislação no que concerne ao reconhecimento legal do género, a fim de eliminar a condição obrigatória de esterilidade. Sobre a questão Pieter Cannoot, A.P., Garçon and Nicot v. France: the court draws a line for trans rights Disponível em strasbourgobservers.com/2017/05/05/a-p-garcon-and-nicot-v-france-the-court-draws-a-line-for-trans-rights/

¹⁴ Queixa n.º 29683/16, decidida em 17 de janeiro de 2019. Disponível em hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%3A%22%3A%2229683%22%22%22%3A%22%3A%22001-189096%22%7D

senta, em Portugal, um momento fundamental no que respeita às pessoas transexuais. O seu artigo 2.º, n.º1, impõe a não discriminação, direta ou indireta, de nenhuma pessoa em função “... do exercício do direito à identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais”, afirmando o n.º 2 ser obrigação das entidades públicas garantir este cumprimento e promover “...no âmbito das suas competências, as condições necessárias para o exercício efetivo do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.”.

Está garantido assim o acesso de mulheres transexuais carentes de útero à GS? Sem dúvida, posto que nada posterga os seus direitos pela circunstância que determina o seu sexo. Se o transplante de útero é visto como uma possibilidade, mas ainda remota, a sua situação em nada difere daquela outra em que se encontram todas as mulheres carentes de útero apto a procriar¹⁸. O problema já se coloca, sem dúvida, no caso de um casal transexual feminino que pretenda aceder à GS. Sendo que a lei impõe a utilização do material genético de pelo menos um dos comitentes, tal seria possível tão só nos casos em que esse material existisse e fosse utilizável enquanto material genético masculino¹⁹, o que se afigura contraditório com a disposição legislativa.

¹⁸ Escreve Max Kozlov na revista Nature, em 2023: «Os reguladores dos EUA vão considerar ensaios clínicos de um sistema que imita o útero, o que poderia reduzir as mortes e incapacidades para bebés nascidos extremamente prematuros.» Human trials of artificial wombs could start soon”.

¹⁹ Existem advertências neste sentido disponíveis. “Se armazenou óvulos ou espermatozoides antes da transição para preservar sua fertilidade, poderá ter óvulos, espermatozoides ou embriões em armazenamento disponíveis para um processo de subrogação. Alternativamente, poderá fornecer óvulos ou espermatozoides agora para criar embriões para conceber uma criança (e se isso significa que precisará de ajustar quaisquer tratamentos hormonais que esteja a realizar, é necessário obter aconselhamento médico.”. Surrogacy for Transgender parents

Disponível em brilliantbeginnings.co.uk/surrogacy-for-transgenderparents/

Será um escolho inultrapassável? Sê-lo-á, caso a lei mantenha a, muito limitativa e de – considere-se – mais do que duvidosa compatibilidade com a égide do instituto, possibilidade de acesso a GS com material genético de uma das comitentes neste caso. O princípio da não discriminação impõe ao legislador, cremos, resolver este ponto, que muito provavelmente não foi ponderado.

3. Restrição excessiva dos outros fundamentos de acesso

I – Lado a lado com a identificação das patologias uterinas, a Lei n.º 90/2021, ao incluir outros fatores de acesso à GS, substituiu, recorda-se, a expressão “situações clínicas atendíveis” por “situações que impossibilitem de modo definitivo a gravidez.”.

Inere à nova expressão um elemento clarificador, como afirmado *supra*. Doravante, os casos de gravidezes que não ocorrem por razões não determináveis, e serão muitas vezes psicológicas, deixam de fundamentar elegibilidade para a GS²⁰.

Mas serão os casos elencados de acesso à GS os únicos contempláveis? Não deveria o elenco ser mais abrangente?

²⁰ Recorda-se o caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*, apreciado por último em 2017. A senhora Donatina Paradiso percorrerá um longo caminho de tentativas de engravidar, tentara consegui-lo por recurso a centros de PMA e jamais o conseguiu ao longo de muitos anos. Mas, depois da decisão do TEDH em primeira instância, engravidou.

Diz a síntese de um artigo publicado sobre a situação: “Em Moscovo pagaram 50 mil euros por uma maternidade sub-rogada. Mas em Itália foram julgados e a criança, por decisão judicial, considerada em estado de adotabilidade. E o final feliz: agora são papá e mamã. Mas por via de métodos rigorosamente naturais.”. Emanuela Fontana, O relato de dois pais: Então a lei tirou o nosso filho nascido de um útero alugado “Il Giornale quotidiano: Milano 10 Agosto 2015. Disponível em responsabilitasanitaria.it/rassegna/allegati/1439207248068383000.pdf

II – Há situações muito relevantes que ficam de fora.

Uma mulher pode estar apta a engravidar, sendo que a gravidez implica, para ela, alto perigo de vida. Não está em causa, com efeito, a sua impossibilidade de gerar, mas sim, a pouca probabilidade de sobreviver à gestação. Não poderá, nestes casos, recorrer à GS?

E aqueles outros casos em que, sendo a gestação viável, por motivos variados, a mulher tem fortes razões para temer que o seu organismo não suporte a gravidez de forma saudável, ou, por razões psicológicas, que têm comprovação médica, teme que o feto seja prejudicado?

A restrição a que procede o legislador, talvez *malgré lui-même*, promove a ideia de que um casal se forma com uma finalidade procriativa muito intensa e que o ónus de a levar a efeito recai sobre as aptidões procriativas da mulher²¹. Trata-se da ideia de que este contexto específico – em família institucionalizada²², sem poder definitivamente procriar – a mulher é um ser humano especialmente carente, e por isso, deve ter condições mais favoráveis para aceder a uma prática singular, a GS, que se “aproxima” da maternidade. Decorre daqui a ideia de que, para estas mulheres, vale um “*praeter biologismo*” de acesso à parentalidade que não se admite em nenhum outro caso. Ora, há situações que, não relevando diretamente da impossibilidade comprovada

de gerar uma criança, serão tão relevantes como ela. A admitir-se a GS, este aspeto deveria ser atendido. A GS não deve, insistimos, ser entendida como forma estrita de compensar inexoráveis impossibilidades procriativas, mas de promover a gestação quando a mesma, ainda que possível, comporta risco considerável²³. Só assim se compatibilizam as oportunidades que se pretendem abrir com a justiça; com a dignidade das mulheres.

4. Consequências da vulnerabilização do “segundo sexo” no “primeiro sexo”. GS inacessível a alguns homens casados ou unidos de facto inférteis

I – O confinamento do acesso à GS à existência, num casal, de mulher incapaz de procriar gera, também para os homens, situações de injustiça.

Deixamos, neste estudo, de parte a questão do acesso à GS por casais homossexuais masculinos, admitida em outra sede²⁴ e que carece de desenvolvimento próprio.

Assim, um problema que a lei arredou por completo, foi assumir o acesso à parentalidade em razão da infertilidade ou doença masculina quando o cônjuge ou companheira não aceita a gestação. Não é, com efeito, impensável que uma mulher com aptidão procriativa rejeite gerar a criança com material genético de um dador que não é o seu cônjuge ou companheiro; com material genético

²¹ Os estereótipos de género afrontam a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação das Mulheres (CEDAW), um instrumento de direito internacional que possui caráter juridicamente vinculativo. Sobre a questão Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives* (University of Pennsylvania Press, 2010, p. 81 e ss.

²² O Parecer do CNECV afirma: “... ainda sobre o artigo 7.º, n.º 3, a possibilidade de se entregar a criança imediatamente após o parto à parte beneficiária (podendo ser um casal de pessoas de sexo diferente, um casal de mulheres, ou uma mulher isolada)”. Retira-se que a nova legislação admitirá o acesso à GS a mulheres sós. Parecer cit., p. 5. Mesmo que esta solução vingue, em nada altera a situação referida quanto à imparidade dos casais heterossexuais.

²³ Algo muito diferente resulta das teses ultraliberais, que admitem o acesso à GS sempre que uma mulher não pretenda procriar sem motivo de saúde atendível. Argumentos neste sentido são claramente aduzidos por Fernando Araújo, na sua obra, pioneira em Portugal, *A Procriação Assistida e o problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 20, 21.

²⁴ Maria Margarida Silva Pereira, *Uma Gestação Inconstitucional. O Descaminho da Lei de Gestação de Substituição*, Julgar online, 2017, p. 9. Disponível em julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/

de alguém com quem não tem afinidade, algo que, por isso, a leva a rejeitar a gestação.

II – A procriação não é um dever conjugal ou decorrente da família dos unidos de facto. É por isso, quem a não pretenda, em oposição à vontade do cônjuge ou companheiro, tem direito a dissolver o casamento ou a união de facto. Todavia, o problema que colocamos é diferente. Reside em saber se esta situação, que inviabiliza o projeto do casal, deve fundamentar o acesso do homem à GS, posto que a sua mulher o admita²⁵, mantendo a relação e até aceitando a maternidade jurídica ou a adoção do filho do seu parceiro.

A resposta deve, cremos, dissociar, sempre, dois planos. Caso a mulher que não aceita gerar admita esta GS, assumindo a maternidade jurídica ou a adoção do filho do seu cônjuge, não se lobia uma razão para limitar a abrangência do acesso à GS pelo cônjuge/companheiro. Não se verifica violação de um dever conjugal: não há relacionamento sexual (e não consentido) com outra pessoa, nem sequer, violação do dever de respeito²⁶; no âmbito da conjugalidade foi dado consentimento para outro projeto parental, relativamente ao qual

²⁵ No final do século XIX, o Tribunal de Bordéus considerou-os ilegítimos, ilícitos, atentatórios do casamento” «Meios artificiais que a moral natural condena e que podem mesmo, em caso de abuso, criar um perigo social”, sendo necessário, por isso, do ponto de vista da dignidade do casamento, que “... procedimentos semelhantes não sejam transpostos do campo da ciência ao da prática”. Pois que constituem “...um precedente condenável, humilhante, de natureza excessiva e insultuosa que justifica um divórcio por culpa do cônjuge nisso, mesmo que este tenha consentido.”. Trib. Civi. Bordeaux, 27 août 1883, Rev. Hist. Méd, Fev. 1, p. 37. Referia-se ao recurso a simples meios de reprodução assistida. Hoje e aqui, o problema colocado é outro. E, no entanto, é de novo o argumentário da juridicidade do casamento, aferida nos seus fundamentos éticos (também), que é convocada.

²⁶ Recordar-se que o conceito de dever de respeito, enquanto dever da conjugalidade e da união de facto constituída, mas sobretudo, do primeiro instituto referido, não se pauta pela univocidade. Com efeito, era abrangente de outras realidades que a alteração legislativa ultrapassou. No tempo da proibição dos casamentos de pessoas do mesmo sexo, o relacionamento homossexual de um dos cônjuges subsumia-se à categoria das violações do dever de respeito. Era, então, impensável a sua identidade com a infidelidade, pois só aos relacionamentos

heterossexuais a configuravam. Lê-se no Acórdão do STJ de 26 de junho de 1991, processo n.º 078085. Relator: Tato Marinho:

“O dever de coabitar impõe que se habite, viva em comum, intimamente, incluindo, também, uma comunhão de leito, o *debitum conjugale* (...). Na verdade, se o casamento visa a constituição da família mediante uma plena comunhão de vida - artigo 1577 do Código Civil - implica manutenção de relações afetivas, a todos os níveis, incluindo o sexual. As perspetivas naturais de quem contrai casamento assentam, em relações de amor onde o sexo não pode ser afastado, mesmo quando seja impossível a procriação natural. A violação deste dever, cheio de conteúdo afetivo, provoca sofrimento, dor, e, muitas vezes, traumatismos prolongados. Não e com indiferença que um cônjuge, querendo ser pai ou mãe, e completar, em pleno, o seu anseio em atos sexuais, gerador de amor e de novas vidas, se depare com um homossexual que lhe frustre os seus naturais anseios de dar e receber amor. O dever de respeito, fundado na dignidade do ser humano, impõe que se dispense ao outro cônjuge um tratamento que não ofenda a sua honra nem, consequentemente, a do casal. Impõe que um cônjuge não trate o outro como se este sofria de uma *capitis diminutio* e que se desdobre em pelo menos, dois aspetos fundamentais: abstenção de factos desonrosos, na dupla asserção de honra subjetiva e objetiva, e prática de factos reveladores da consideração que o outro merece (...). A prática de homossexualidade ofende a respeitabilidade do outro cônjuge e atinge o casal na consideração social e apreço público. Assim, não pode deixar de causar ao outro cônjuge sofrimento e dor pela anormalidade pessoal e pela que acarreta para o casal.”.

Disponível em dgsi.pt/jstj.nsf/-/931213BC44F23D32802568FC0039E554

A linguagem acompanha a fundamentação jurídica da subsunção da prática de homossexualidade a violação do dever de respeito. Não se trata, na perspetiva do decisor, de um ato sexual típico, mas de uma realidade anónima, violadora das expectativas de qualquer cônjuge. Resulta daqui, com clareza, a ancoragem histórica do dever conjugal em questão; a evolução legislativa que o casamento de pessoas do mesmo sexo corporizou e se refletiu igualmente na união de facto (hoje a união de facto homossexual caracterizada-se pela vida comum com deveres análogos aos dos cônjuges) provocou uma necessária evolução semântica do preceito. A haver violação de dever conjugal, quando se tem relacionamento sexual com terceiro, é o dever de fidelidade que evolui. Comprova-se, pois, se outros argumentos não existissem, quanto o intérprete se compadece com o contexto legislativo e axiológico em que os deveres conjugais se situam.

²⁷ É, à primeira vista, questionável que se confira ao cônjuge daquele que recorreu à GS a opção entre adotar a criança ou simplesmente assumir a maternidade jurídica. Pois, se admite a integração familiar da criança, conviria, poderá equacionar-se, que esta fosse tão “intensa” quanto possível, selando a autenticidade dos propósitos por via da maternidade. Mas não vemos razão impeditiva do recurso à adoção do filho do cônjuge neste caso. É verdade que a adoção é tantas vezes encarada com reticências, qual

clusão a retirar no caso de a mulher recusar o projeto parental. Nesta outra hipótese, a criança não terá acolhimento adequado no núcleo familiar do progenitor. O seu direito à vida familiar claudica. E assim, o acesso à GS pelo homem casado ou unido de facto que vimos referenciando não tem fundamento, pois compromete direitos da criança.

III – Em termos de princípio – frisamos de novo – a abrangência da GS não impede estas situações. No concreto âmbito do direito positivo, as possíveis objeções à sua viabilidade são ultrapassáveis.

Não o foram certamente no passado.

É um termo jurídico sensível. A temática da inseminação colocou dúvidas, tal como suscitou interrogações ainda não muito distantes. Recorda Luísa Neto que

“... a inseminação medicamente assistida, mesmo com esperma do marido, foi durante muito tempo considerada como injúria grave, causa de divórcio. Segundo certos autores, a inseminação medicamente assistida, com esperma de dador terceiro, deveria ser equiparada a um autêntico adultério — ginecológico, no dizer de alguns autores —, cuja ilicitude não seria mesmo excluída pelo

consentimento do marido.”²⁸.

Mas passámos esse tempo. Hoje, as leis do casamento, relativas aos deveres conjugais, aos fundamentos do divórcio não pactuam com moralismos deslocados²⁹.

Olhando as leis da família portuguesas (no caso concreto, essencialmente, o Livro IV do Código Civil e a LUIF), compete reconhecer que, se à partida estão claramente estruturadas para institutos como casamento e união de facto em que a comunhão de vida, quanto à descendência, supõe a existência de filhos comuns ou de um dos membros do agregado que os cônjuges ou unidos de facto fundaram, nem sempre assim acontece. Há, a partir da Reforma civilista de 77³⁰, uma aceitação crescente da mono-

²⁸ Luísa Neto, O (Novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida: possibilidades e restrições, AA.VV., Debatendo a procriação medicamente assistida cit., pp. 83-91 (88).

A autora cita a decisão do tribunal de apelação de Lyon de 1956 “onde se afirma que a inseminação artificial «constitue un précedé condamnable, humiliant, de nature excessive et injurieuse justifiant un divorce aux torts de l'épouse en ceci, même si le mari avait consenti”. O (Novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida cit., *idem*, p. 88.

²⁹ Escreve Guilherme de Oliveira, reconhecendo embora que a sua doutrina vem ao arrepio das posições dominantes em Portugal e também da maioria da jurisprudência: “na verdade, o regime de 2008 acompanhou o movimento europeu, designadamente, entregou progressivamente nas mãos dos cônjuges a liberdade de ação para o desenvolvimento da sua personalidade, desvalorizando o caráter impositivo dos deveres conjugais — que nunca poderiam ter (nem nunca tiveram) uma garantia jurídica normal; e também promovendo a facilidade para sair do casamento (em vez das restrições antigas) — que permite corrigir todo o percurso, em vez de admitir ressarcimentos (aliás impraticáveis, como admitiu F. Pereira Coelho em 1986) de danos endofamiliares.”. Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais, *Lex Familiae*, Ano 16, 2019, N.º 31-32, pp. 17-43 (42).

³⁰ Lê-se na Introdução do DL n.º 496/77, de 25 de novembro: “39. A revisão do instituto da adopção impôs-se por força do preceito constitucional que proscreveu a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Logo se deu conta de que havia que levar a cabo, neste domínio, uma renovação mais profunda, que tentasse dar resposta às solicitações surgidas de muitos lados. Fundamentalmente, reclamava-se o alargamento do campo de aplicação da adopção plena: os pressupostos que atualmente a condicionam retiram ao instituto quase todo o significado prático. (...) 41. A adopção plena passa a ser facultada aos casados há mais de cinco anos, não separados judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambos os cônjuges tiverem mais de vinte e cinco anos (recorde-se que o Código Civil exigia em regra dez anos de casamento e trinta e cinco anos de idade aos adotantes).”.

forma de estabelecimento da parentalidade filha de um deus menor, a ponto de os olhares mais desfavoráveis que incidem sobre ele afirmarem, como escreve Guilherme de Oliveira, que ela “... nunca poderá ser mais do que um sucedâneo, uma ficção construída pela lei”, sendo preferível, nesta ótica, “... dar todos os poderes e responsabilidades aos adotantes sem lhes chamar “pais”. Mas acompanhamos o autor quando rasga o argumento, contrapondo: “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;”. F M Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira Direito da Família. Coord. de Guilherme de Oliveira, Adoção e Apadrinhamento Civil, 2017, p. 10. Disponível em ocplayer.com.br/82238152-Adocao-e-apadrinhamento-civil.html

A adoção implica todos os efeitos da parentalidade e a opção por ela, no caso em análise, pode muito bem revelar de uma rigorosa vontade de introduzir a verdade possível, a verdade real do procedimento de integração familiar. O cônjuge que não é mãe biológica tem ao seu alcance meios de o assinalar e lança mão deles. Tal não sugere menos afetividade nem fundamenta suspeitas de menor cuidado com a criança.

parentalidade dentro da instituição familiar típica, que assume a coerência entre a filiação unilateral constituída na constância, primeiro do casamento, e agora, da UF. Esta conceção está densificada no instituto jurídico da adoção, cujos efeitos equivalem em tudo aos da filiação (artigo n.º 1986.º CC). Assim, nos termos do artigo 1979.º, n.º 1, CC, a adoção será, em alternativa, conjunta ou singular, correspondendo o primeiro caso à situação de adotantes casados ou unidos de facto (estes últimos, por via do artigo 2.º da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, mas também por pessoa singular, casada ou não casada (artigos n.ºs 1975.º, 1976.º, 1979.º, n.º 2, CC)³¹, e também, unida de facto (artigo 7.º LUF). Conclui-se, assim, que a família monoparental constituída por adoção pode integrar o adotado na comunidade familiar em que vive o cônjuge ou o unido de facto do adotante³². No entanto, a lei exige sempre o consentimento do cônjuge do adotante singular para este efeito (artigo n.º 1981.º, n.º 1, alínea b), CC). E bem se compreende. Pois, colocar portas adentro do agregado familiar uma criança não desejada pelo cônjuge ou companheiro do adotante representaria uma desconsideração pela necessária integração da criança e potenciaría efeitos nefastos para esta³³.

³¹ Escrevem sobre a adoção singular por pessoas casadas Clara Sottomayor e Ana Rita Alfaiate: “A adoção (...) por uma pessoa casada (quando a criança não é filha do cônjuge ou companheiro/a) foi introduzida no Código Civil pela Reforma de 77 e reflete a evolução social em torno da aceitação e aumento das famílias monoparentais.” Código Civil Anotado, Livro IV, Direito da Família, coord. de Clara Sottomayor, anotação ao artigo 1789.º, p. 1015.

³² Sobre a questão Guilherme de Oliveira, Adoção e Apadrinhamento Civil cit., p. 18.

³³ Maria Perquilhas justifica do mesmo modo este consentimento, afirmando que “O legislador, nestas situações, e bem, exige que o cônjuge do o cônjuge não adotante seja igualmente chamado a consentir na constituição do vínculo, que, apesar de não se estabelecer relativamente a si, implica a inserção de um novo membro na vida familiar.” Clara Sottomayor, Código Civil Anotado cit, anotação ao artigo 1981.º, p. 1025. Note-se que a inserção desta criança no agregado familiar e na “vida familiar”, como bem qualifica a autora, implica, também neste caso, a emergência de uma relação familiar entre o adotado pelo cônjuge ou companheiro e o outro cônjuge ou companheiro do adotante. Na verdade, a lei impõe o exercício de responsabilidades parentais

VI – Um projeto de descendência *praeter* casamento ou *praeter* união de facto nunca foi estruturado, entre nós, com rigor e exaustividade. A lei avançou paulatinamente nesse sentido. Foi, como se afirmou, a Reforma de 77 a introduzi-lo. E são relevantes, a este propósito, não só o conceito de casamento e as suas decorrências legislativas, bem como, e desde logo, o sentido intrínseco dos institutos do casamento e da união de facto³⁴. Assiste razão a Guilherme de Oliveira quando analisa a evolução jusfamiliar como um produto cada vez mais assente no projeto conjugal:

“A «família auto-poiética» pode receber estímulos do exterior, mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de «sistemas internamente referenciais», característico da sociedade moderna e, assim, dentro do casal «a lei é a ausência de lei», «o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes» e o casal tornou-se o seu próprio legislador.”³⁵.

Mas a ausência de lei a que se refere Guilherme de Oliveira não é aleatória. Terá de ter um reconhecimento social mínimo, e, logo por isso, uma projeção declarativa. Ora, esta projeção declarativa não atingiu ainda um patamar tão amplo

pelo membro do casal que não adotou, tal como sucede face à filiação em sentido estrito. Os institutos têm os mesmos efeitos.

³⁴ Reconhecia Isabel de Magalhães Collaço que “O facto de não se regular [na Reforma de 77] a união de facto como instituto autónomo em termos paralelos semelhantes à união nascida do casamento não fechava as portas ao reconhecimento dessa situação ao mesmo tempo que desde logo legitimava a proteção concedida por muitas disposições legislativas avulsas...”. A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, AA.VV., Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977 - Volume I - Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40 (24).

³⁵ Guilherme de Oliveira, Queremos amar-nos... mas não sabemos como, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 2000, ano 133, n.º 3911 e 3912.

como o desejado no que respeita à parentalidade. Com efeito, sobre ela, os propósitos doutrinários e legislativos vêm-se centrando no tipo de relacionamento e de densificação dos direitos-deveres parentais e filiais, algo que o regime jurídico dos efeitos da filiação espelha. Na verdade, se, por um lado, o legislador atendeu às obrigações de quem não é progenitor ou juridicamente equiparado, por constituição de vínculo adotivo – as, bem, denominadas responsabilidades parentais – a verdade é que falecem ainda instrumentos jurídicos diretamente relacionados com as situações excecionais em que o cônjuge ou unido de facto exerce, em circunstâncias tendencialmente específicas e mais complexas, responsabilidades parentais relativamente ao filho do seu cônjuge/companheiro³⁶.

E não vale argumentar que os projetos de conjugalidade (em sentido amplo) tendem a ser cada vez mais lassos e isso constitui fator de negação desta possibilidade. Todos os projetos de conjugalidade o são, e nem por isso a parentalidade deixará de promover-se e reconhecer-se como um valor importante, pela autonomia da vontade que exprime e pelo afeto que se presume³⁷. Ao reco-

³⁶ Como observa Maria Clara Sottomayor, “Esta devolução [do exercício das responsabilidades parentais] é automática e não necessita de qualquer processo especial. Torna-se, portanto, difícil para terceiros averiguar a posição do progenitor que perante eles se apresenta, bem como para este provar que tem legitimidade para agir sozinho no exercício das responsabilidades parentais, uma vez que esta situação não está abrangida entre aquelas que o art. 1920.º-B sujeita a registo civil obrigatório.” Código Civil Anotado cit., anotação ao artigo n.º 1903.º.

A clarificação deste exercício introduzido recentemente na lei e potencialmente gerador de dificuldades e situações menos claras que se reflitam no próprio relacionamento entre as crianças e os titulares das responsabilidades parentais em questão justificaria um maior rigor jurídico.

³⁷ O legislador é de tal modo recetivo aos projetos parentais que os admite mesmo depois da morte de um dos membros do casal. Segundo a Lei n.º 72/2021, de , posto que tenha existido um projeto parental formalizado. Apresentam-se vários fundamentos para leis permissivas do processo; e um deles reside no significado que pode ter para um cônjuge ou companheira sobrevida, concretizar o seu apego de maternidade com o material genético de alguém por quem teve um afeto determinante na sua vida. Do ponto de vista do superior interesse da criança que venha a nascer, à objeção de que esta

nhecimento jurídico da família inere a sua origem afetiva, que o nascimento das crianças traduz e o Estado reconhece através das normas constitucionais e ordinárias de proteção da parentalidade, bem como da promoção de uma parentalidade saudável.

III. Conclusão

I – Definir o perfil de acesso à GS é um problema intrincado: nem mais nem menos do que o é a admissão do instituto e o reconhecimento dos direitos de todas as pessoas envolvidas. Por isso, não entendemos a pressa em legislar que se tem evidenciado em Portugal, desde 2016.

Mas, admitindo a lei a GS, deveria evitar a todo o trecho que a mesma contribua para favorecer a impossibilidade procriativa como um estigma feminino que deve ser normativamente compensado. Se há razões que inexoravelmente impedem de gerar e o legislador entende que favorecem o acesso à GS, existem outras razões que, não o impedindo, suscitam sérias reservas a uma maternidade responsável; a uma maternidade que atenda à saúde na gestação e às suas implicações sobre a criança. O legislador deveria colocá-las no mesmo plano. E deveria fazê-lo por exigência jurídica da igualdade e por estrito respeito pelo direito à igualdade de género.

Por exigência jurídica da igualdade. O corpo humano tem implicações na construção da personalidade que ultrapassam simplismos dicotómicos favorecedores de primados da realidade puramente física sobre a realidade da pessoa total. Como sugere-

terá, potencialmente, uma vivência familiar monoparental, algo que redunde em relativa singularidade em termos de experiência de vida, e porventura, num dano, contrapós-se por regra o argumento de que esta monoparentalidade, além de não ser diferente da que ocorre no caso de morte do progenitor, tem a seu favor o desejo intenso de ter sido concebida, facto que torna indevida a subsunção a dano desta sua realidade. Sobre a questão, Carson String, Jeffrey R. Gingrich e William H. Kutteh, Ethics of postmortem sperm retrieval. Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative State, Human Reproduction, vol. 15, n.º 4, 2000, pp.739-745 (740).

re Daniel Borrillo³⁸, importa deixar de lado

“... a análise sobre o estatuto (natureza, qualidade) do corpo humano para nos concentrarmos no estudo da relação que o indivíduo mantém consigo mesmo.”

Este ponto é fulcral quando se atende aos fundamentos legitimadores da não gestação e da gestação alternativa, por outra pessoa. São fundamentos complexos, muito além das “patologias óbvias” que o legislador, por brevidade cômoda, decidiu eleger.

Por estrito respeito pelo direito à igualdade de género. Não cumpre os direitos humanos um processo normativo que favorece estereótipos e vitimiza. E a identificação urdida pela Lei n.º 90/2021 tem essa enorme fragilidade³⁹.

II – A institucionalização de um relacionamento não deve ser impeditiva da paternidade quando o

³⁸ Daniel Borrillo, El estatuto jurídico del cuerpo humano. 2017. ffhal-01653980, p. 7.

³⁹ Lê -se na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres :” artigo 5.º Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os esquemas e modelos de comportamento sócio-cultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres...”.

homem é infértil. Devem valer para a infertilidade masculina os mesmos fundamentos de acesso à GS, numa ótica de igualdade e de proporcionalidade, sendo o limite o direito da criança à vida familiar, nos termos apresentados.

No domínio da GS, a evolução legislativa é, sem dúvida, muito intensa, mas o ponto zero não está ainda cronologicamente tão distante que possamos assentir na integração do *novum* aí quando ele não só não tem clara expressão legislativa, como correspondeu, num passado algo recente, a fundamento de rejeição, perturbação e mesmo censura jurídica.

III – Concluimos que, pese a complexidade adivinhável num processo legislativo recetivo às hipóteses de alteração à LGS colocadas, acreditamos que se impõe o seu equacionamento jurídico. Não se vislumbram argumentos de princípio contra as mesmas. Pelo contrário: são anti-discriminatórias, adequam-se à justiça e à promoção da igualdade de género. Não é (apenas) de política legislativa que se trata, mas de cumprir o Direito.

PROcriação Medicamente Assistida *POST MORTEM*

Helga de Sousa Alves

Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil

Resumo: *A Procriação Medicamente Assistida encontra-se regulada na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tendo, ab initio, surgido para fazer face aos problemas de infertilidade, tratamento de doenças graves ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Porém, com o surgimento da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, passa a ser permitido o recurso (total) às técnicas em contexto Post Mortem, pelo que, cabe-nos analisar os fundamentos e direitos em causa que legitimam esta prática e fazer uma análise crítica do regime, tendo em conta todos os beneficiários (atuais e futuros).*

Palavras-chave: *procriação medicamente assistida post mortem; consentimento; filiação; efeitos sucessórios; nascituros não concebidos.*

Abstract: *Assisted Reproductive Technology is regulated by Law n.º 32/2006, of July 26, having, ab initio, arisen to address the existing infertility problems, treatment of serious diseases or the risk of transmission of diseases of genetic origin, infectious or others. However, with the emergence of Law n.º 72/2021, of November 12, the (total) use of the techniques in a Posthumous context is now allowed, so it's up to us to analyze the grounds and rights at stake that legitimize this practice and make a critical analysis of the regime, taking into account all the beneficiaries (current and future).*

Keywords: *Posthumous assisted reproduction; consent; filiation; succession effects; unconceived unborn children.*

1. Introdução

A Procriação Medicamente Assistida¹ (PMA), atualmente², prevista e regulamentada na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (LPMA³), possibilita que pessoas que, até então, não pudessem gerar família, biológica, agora possam. Tanto na PMA em contexto geral, como em contexto *Post Mortem*, é necessário um diálogo constante entre várias áreas, nomeadamente o Direito, a Ética, a Psicologia e a Medicina, devido à complexidade do tema. Primeiramente, temos de incidir sobre as considerações iniciais do tema, de modo a sabermos em que consiste a PMA *Post Mortem*, quais os direitos aqui convocados e problemas que surgem. Em segundo lugar, impõe-se a compreensão do contexto em que surge a Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro⁴

¹ Estamos perante técnicas que dependem de apoio laboratorial, daí se apelidar PMA.

² Para uma noção da evolução da legislação sobre a PMA, V., RODRIGUES, João Vaz – *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, maio, 2001, 121 e ss.

³ Cf. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis (acesso em 17/03/2023).

⁴ Cf. Lei n.º 72/2021 de 12 de novembro, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/72-2021-174244807> (acesso em 17/03/2023).

e o caminho percorrido. De seguida, temos de nos focar na futura criança e compreender que tutela lhe está a ser dada, mas não só: é necessário apurar, também, se os interesses desta e dos pais beneficiários estão a ser, devidamente, acautelados. Concluímos com uma análise do regime da PMA *Post Mortem*, tecendo os comentários que entendermos necessários, evidenciando os aspetos em concórdância, assim como os divergentes.

2. Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*

2.1. Enquadramento da questão

Cada vez mais, adia-se a constituição de família por: maior presença de stresse, poluição, adoção de comportamentos de risco, investimento na carreira, estabilidade económica, entre outros⁵. Ainda assim, por vezes, este retardamento deve-se a problemas de saúde, como, por exemplo, o aparecimento de cancro⁶. Por “a gonadotoxicidade causada pela quimioterapia (...) atingir células com elevada capacidade proliferativa”⁷, o paciente ficará infértil⁸, sendo normal criopreservar-se o material

genético antes de se iniciarem os tratamentos⁹. Independentemente do motivo, por vezes, não é possível tentar constituir família e o tempo esgota-se. Por essa razão, começou a falar-se na possibilidade de recurso às técnicas de PMA, para a efetivação de um projeto parental iniciado em vida, mas que, por força dos contratemplos da vida, não se concretizou.

A PMA *Post Mortem* traduz-se no procedimento através do qual se concebe uma criança com recurso a sêmen ou embriões do falecido, possibilitando-se um cenário em que o filho é uma ligação entre a existência real e material da mulher e a inexistência do marido na vida terrestre¹⁰. O recurso a estas técnicas, noutros países, neste contexto, tanto é permitido (Reino Unido¹¹ e Bélgica¹²), proibido (Itália¹³, França¹⁴, Alemanha¹⁵) ou carece de regulação (Brasil)¹⁶. Estamos a lidar com ques-

Gert R – *Male infertility in cancer patients: Review of the literature*. In *International Journal of Urology*. The Japanese Urological Association. Vol. 17, Issue 4, (April 2010), 328.

⁹ Cf. DOHLE, Gert R (nota 8), 32.

¹⁰ Cf. FREITAS, Natacha – The rights of the child and bioethical issues in the medically assisted procreation. In *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*. N.º 12 (Março, 2004), 182.

¹¹ Cf. Termo 39.º do *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008.

¹² Cf. *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, disponível em https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-06-juillet-2007_n2007023090.html (acesso em 10/04/2022).

¹³ Apenas é lícita a PMA para casal, de sexo oposto e ambos vivos – Cf. *Legge 19 febbraio 2004*, n. 40.

¹⁴ Exige-se que ambas as pessoas estejam vivas, por isso não admite a PMA *Post Mortem* – Cf. Código Civil Francês, título VII, Secção IV e Código Francês de Saúde Pública, art. L. 2141-2.

¹⁵ Além de se proibir a IA *Post Mortem*, pune-se até três anos de prisão ou multa quem fecunde um óvulo com sêmen de homem falecido – Cf. § 4 *Eigenmächtige Befruchtung, eigenmächtige Embryoübertragung und künstliche Befruchtung nach dem Tode, Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)*, Dezember, 1990.

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a questão, V. RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo – Aspectos Jurídicos da reprodução *post-mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal. In *Lex Medicinæ*. Centro de Direito Biomédico: Coimbra Editora. Ano 7 – n.º 14 (2010), 84.

⁵ Neste sentido, V. RAPOSO, Vera Lúcia – “Querido, congelei os óvulos” (Sobre o adiamento da reprodução mediante a criopreservação de ovócitos). In LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias, BARBOSA, Carla (coord.) – *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. 4, Genética e Procriação Medicamente Assistida. Almedina, 2016, 207 e 208; e LOUREIRO, João Carlos – Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In *Lex Medicinæ*. Centro de Direito Biomédico. Coimbra Editora. Ano 3 – n.º 6 (2006), 8.

⁶ Neste sentido, V. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 5), 210; e RUIZ, Patricia Sánchez, CASTELLÓN, Nerea Martínez, ORDÓÑEZ, Eloisa Fernández – *Fecundación in vitro postmortem*. In *Cultura de los Cuidados*. Año XXII, n.º 50 (2018), Consejo de Enfermería de la Comunidad Valenciana, 172 e 173.

⁷ Cf. VAKALOPOULOS, Ioannis, DIMOU, Petros, ANAGNOSTOU, Ioannis, ZEGNIADOU, Theodosia – Impact of cancer and cancer treatment on male fertility. In *HORMONES*. 14(4), 2015, 582.

⁸ “Combination chemotherapy, such as the nitrogen-mustard, oncovin (vincristine), procarbazine and prednisol (MOPP)-regimen given for Hodgkin’s disease, has a high chance of sterilizing the patient”. Cf. DOHLE,

tões éticas¹⁷, sociais, legais (áreas que incidem em objetos e sanções diferentes¹⁸), científicas, culturais e morais, as quais influenciam a sua admissibilidade¹⁹. Face à alteração do paradigma, por força das alterações trazidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que permitiu que “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”²⁰ pudessem recorrer à PMA, deixou de fazer sentido impedir-se o forte desejo da viúva de constituir família e perpetuar o legado genético do marido que perdeu²¹. A regulação impõe-se, tal como exposto por Jorge Duarte Pinheiro, porque “a sua inexistência torna tudo o que é tecnicamente possível juridicamente admissível, o que é indesejável ou perigoso”²² e, gerando o seu exercício (o qual pode ser manipulado, contrariamente a uma procriação natural²³) implicações relativamente a outros²⁴, é necessária a limitação do seu exercício. A que técnicas é que a LPMA se

aplica? Segundo o n.º 1 do seu art. 2.º, aplica-se a: Inseminação Artificial (IA), Fertilização *in vitro* (FIV), Microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), Transferência de Embriões Criopreservados (TEC), Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI)²⁵ e outras equivalentes.

Poder-se-ia pensar que regular a PMA “iria travar a evolução científica ou não obteria o consenso da comunidade”²⁶, além de se tornar inútil face à rápida evolução²⁷, em consequência de se criar um “estatuto especial para uma certa categoria de filhos, susceptível de originar uma nova discriminação”²⁸. Estas afirmações são incorretas, em especial a última, pois, de facto, todos os cidadãos são iguais perante a lei²⁹, contudo, haverá casos em que teremos de adequar a nossa ação, de forma a se corrigirem as desigualdades existentes ou para responder a necessidades de um grupo de pessoas³⁰. Ademais, diferenciar algo não significa, só por si, que se está a proceder a uma “discriminação, com o sentido de desfavor” e apenas esta é “constitucionalmente proibida”³¹. Além do exposto, a própria Constituição impõe a regulação³², por se tratar de uma “questão de interesse público que reclama in-

19

¹⁷ Para José de Oliveira Ascensão, o Direito só deveria receber da ética um mínimo de orientações, que tivessem uma particular exigência de observância na vida social – Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira – Direito e Bioética. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. A. 51, n.º 1 (julho 1991), 433.

¹⁸ Cf. COSTA, Amélia – *Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, 25.

¹⁹ V. SILVA, Daniel José da, SANTANA, Bárbara Pessoa de, SANTOS, Aarin Leal – Ética e Direitos Humanos na Reprodução Assistida. In *Revista UNINGÁ Review*, Maringá. Vol. 34, n.º 3 (jul./set. 2019), 36 e 37.

²⁰ Cf. N.º 1, art. 6.º da LPMA.

²¹ V. RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 85.

²² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte – Procriação medicamente assistida. In VICENTE, Dário Moura, MIRANDA, Jorge, PINHEIRO, Luís de Lima (coord.) – *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Vol. I, Almedina, setembro 2005, 761.

²³ Usamos a palavra normal com o intuito de nos referirmos ao facto de se tratar da via habitual, conforme a norma, que não necessita da intervenção de terceiros nem de meios artificiais e apenas isso.

²⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 225/2018, 99, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> (acesso em 02/03/2022);

²⁵ Este, contudo, não se traduz, por si só, numa técnica de PMA. Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.ª ed. Gestlejar, setembro de 2020, 197.

²⁶ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 22), 761.

²⁷ Cf. *Ibid.* Também, neste sentido, V. SILVA, Paula Martinho da Silva, COSTA, Marta – *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. 1.ª ed. Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, março 2011, 10.

²⁸ Cf. SILVA, Paula Martinho da Silva, COSTA, Marta (nota 27), 10.

²⁹ Cf. N.ºs 1 e 2 do art. 13.º da CRP.

³⁰ V. ALEXANDRINO, José de Melo – *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2.ª ed. Cascais: Princípa, 2011, p. 72. Também, neste sentido, V. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – Legislar sobre Procriação Assistida. In *Procriação assistida, Colóquio Interdisciplinar, (12-13 de Dezembro de 1991)*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1993, 83.

³¹ Cf. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (nota 30), 83.

³² Cf. Al. e) do n.º 2 do art. 67.º da CRP.

tervenção legislativa”³³, de forma a protegerem-se as crianças advindas destas técnicas³⁴. A PMA guia-se, essencialmente, pelo cumprimento e respeito por valores e princípios, como a dignidade humana, a não discriminação³⁵, a integridade humana e pessoal e o património genético³⁶ face ao mundo de possibilidades e desafios que a ciência traz³⁷. Assim, afigura-se necessário um diploma “(...) equilibrado e representativo dos valores dominantes na sociedade portuguesa”³⁸ e que aplique o princípio da precaução³⁹, de forma, a acautelar a posição “da vida humana não nascida”⁴⁰.

2.2. Direitos em causa

É tempo de perceber a importância que a PMA desempenha para a família que se quer criar. A *ratio*

de um “conceito relativamente aberto”⁴¹ de Família impõe-se, porque esta “varia em função do tempo e do espaço”⁴², sendo a sua constituição um direito fundamental que merece a proteção da Sociedade e do Estado⁴³. A fundamentar a PMA, temos três direitos⁴⁴: o direito a procriar e a constituir família⁴⁵; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁴⁶; e o direito à proteção da saúde⁴⁷. A Constituição proclama que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”⁴⁸, estabelecendo-se, desta forma, “uma garantia institucional da família”⁴⁹. Este é um dos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG’s) mais importantes, por abarcar uma dimensão que se aproxima da realização pessoal⁵⁰.

Como refere Jorge Miranda, “a Constituição claramente evidencia a relevância da procriação medicamente assistida para a efetivação do direito fundamental a procriar”⁵¹, e, nas sábias palavras de

³³ V., OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de (nota 30), 85.

³⁴ V., ORTEGA, Vanina Moadie – Reflexión Crítica sobre la Fecundación *Post-mortem* como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral. In *XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Actas, Tabela 26*. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2015, 18.

³⁵ É feita a distinção entre discriminação pelo património genético e discriminação por o nascimento dever-se ao recurso a técnicas de PMA. Neste sentido, V., RAPOSO, Vera Lúcia, PEREIRA, André Dias – Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho). In *Lex Medicinæ*. Centro de Direito Biomédico: Coimbra Editora. Ano 3 – n.º 6 (2006), 91.

³⁶ Cf. ARAÚJO, Julia Picinato Medeiros de, ARAÚJO, Carlos Henrique Medeiros de – Biodireito e legislação na reprodução assistida. In *Medicina (Ribeirão Preto)*. Vol. 51 n.º 3 (2018), jul./ago./set., 220.

³⁷ V., Acórdão do TC n.º 101/2009, de 1 de abril, 3, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html> (acesso em 02/03/2022); e FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá – Liberdade e Responsabilidade na Procriação Medicamente Assistida. In *NASCER E CRESCER, Revista do Hospital de crianças Maria Pia*. Vol. XV, n.º 2 (2006), 83.

³⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, PEREIRA, André Dias (nota 35), 89;

³⁹ V., BESSA, Marta Raquel Ribeiro – A densificação dos princípios da bioética em Portugal. Estudo de caso: a atuação do CNECV. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto: Coimbra Editora, A. 11 (2014), 306-308.

⁴⁰ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia – “Dá-me licença que tenha filhos?": restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida. In *Revista Direito GV*. SÃO PAULO. Vol. 15, n.º 2, e1915, MAIO-AGO, 2019, 2.

⁴¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 856.

⁴² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 13.

⁴³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. (nota 41), 856 e 857; e N.º 3 do art. 16.º da DUDH, bem como n.º 1 do art. 67.º da CRP.

⁴⁴ V., RAPOSO, Vera Lúcia, PEREIRA, André Dias (nota 35), 93; e OLIVEIRA, Guilherme de – Restrições de acesso à parentalidade na Medicina de Reprodução. In *Lex Medicinæ*. Centro de Direito Biomédico: Coimbra Editora. Ano 10 – n.º 20 (2013), 7 e 8. Estamos perante Direitos Liberdades e Garantias, mas também Direitos Económicos Sociais e Culturais (arts. 64.º e 67.º da CRP).

⁴⁵ Cf. N.º 1 do art. 36.º da CRP.

⁴⁶ Cf. N.º 1 do art. 26.º da CRP.

⁴⁷ Cf. Art. 64.º da CRP.

⁴⁸ Cf. N.º 1 do art. 36.º da CRP. Desta forma, entende-se que “seria provavelmente inconstitucional, também, a norma que proibisse certos casos de conceber filhos” – Cf. OLIVEIRA, Guilherme de (nota 44), 7.

⁴⁹ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Moura (colab.) – *Manual de Direito da Família*. Almedina, fevereiro, 2020, 41.

⁵⁰ O TC reconhece que “(...) a realização dos projectos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade”. Cf. Acórdão do TC n.º 101/2009, de 3 de março, 67.

⁵¹ Cf. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. 2ª ed. rev., Vol. I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e

Gomes Canotilho, “resolve, desde logo, o problema da admissibilidade constitucional da procriação assistida”⁵², mas isto não é dizer que “se reconhece um direito subjectivo a toda e qualquer procriação possível”⁵³, admitindo-se limitações fundadas e proporcionais⁵⁴. Esta consagração é de enorme relevo, porque se sente “a necessidade de partilhar com outro ser humano o mesmo material genético (...). Se não fosse esta «necessidade genética» a PMA não seria necessária e todas as pessoas impedidas por qualquer motivo de ter filhos biológicos se satisfariam com a adopção”⁵⁵. No seguimento do exposto, e, porque, não se exigindo mais uma família biparental heteronormativa⁵⁶, podendo as mulheres só recorrer às técnicas, pedia-se a licitude da PMA *Post Mortem*, pois seria extremamente incoerente impedir a viúva de prosseguir com o desejo de ter filhos do falecido, além de que, por vezes, o instinto maternal ativa-se por força da relação afetiva que a viúva possui com o homem em questão⁵⁷.

Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º. Coimbra: Universidade Católica Editora, 2017, 986.

⁵² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. (nota 41), 859. Também, neste sentido, *l.* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui (nota 51), 986.

⁵³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. (nota 41), 859.

⁵⁴ *l.* MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui (nota 51), 590. O próprio TC explica que, “se é certo que a procriação por via de ato sexual constitui uma dimensão óbvia do direito a constituir família (...) não é menos certo poder afirmar-se que (...) não se integra um direito subjetivo a toda e qualquer forma de procriação assistida, visto que o recurso à PMA se encontra objetivamente delimitado, *a priori*, pelos limites impostos pela dignidade da pessoa humana” – Cf. Acórdão do TC n.º 225/2018, 42.

⁵⁵ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 3 e 4.

⁵⁶ Entenda-se: “de acordo com o que está socialmente estabelecido para as pessoas, numa perspectiva biologicista e determinista, há duas – e apenas duas – possibilidades de locação das pessoas quanto à anatomia sexual humana, ou seja, feminino/fêmea ou masculino/macho”. Cf. PETRY, Anália Rodolpho, MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann – Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. In *Textos & Contextos*. Porto Alegre. V. 10, n.º 1 (jan./jul. 2011), 195.

⁵⁷ Cf. BARBOSA, Samuel... [et al.] – Extracción de semen *Post Mortem*: aspectos éticos y legales. Descripción de caso y estudio en Colombia. In

Relativamente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado não só no art. 26.º, mas também no n.º 1 do art. 67.º da CRP, convocam-se aqui, em especial, os n.ºs 1 e 3 do art. 26.º, pois no n.º 1 reconhece-se o direito à identidade pessoal⁵⁸ e no n.º 3 garante-se a identidade genética do ser humano⁵⁹. O primeiro⁶⁰, além de consistir num direito a ter um nome, reconhece a existência de um direito à historicidade pessoal, de conhecimento da identidade dos progenitores⁶¹, o qual “beneficia o filho nascido, na sequência do uso de uma técnica de procriação medicamente assistida”⁶².

Por último, diga-se que quanto ao acesso às técnicas, por força do princípio bioético da justiça, tem de ser feita uma distribuição paritária dos recursos⁶³. Porém, parafraseando Guilherme de Oliveira, “apesar dos limites que são impostos pelo princípio da igualdade e pela luta contra a discriminação, é aceitável que cada unidade médica privada faça alguma escolha dos seus clientes; esta escolha parece menos justificada nos serviços públicos, pagos por todos contribuintes”⁶⁴. Face ao contexto *Post Mortem* em que nos encontramos, o recurso às técnicas de PMA, além do fundamento médico que lhe subjaz, tem ainda um fundamento social, moti-

Revista Colombiana de Bioética. Universidad El Bosque. Vol. 10 N.º 1 (Enero-Junio de 2015), 178.

⁵⁸ O Princípio da verdade biológica, impõe que as crianças havidas por PMA sempre possam ter acesso à sua origem.

⁵⁹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. 33.

⁶⁰ Paulo Otero, reconhece o direito à historicidade pessoal, não na dimensão individual, mas na relacional. Para mais desenvolvimentos, *l.* OTERO, Paulo – *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da Bioética*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, 64.

⁶¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. (nota 41), 462.

⁶² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 22), 769.

⁶³ *l.* BESSA, Marta Raquel Ribeiro (nota 39), 304.

⁶⁴ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de (nota 44), 25.

vo pelo qual não está aqui em causa, apenas, uma concretização do direito à proteção da Saúde, mas acima de tudo a concretização de outros direitos, *in casu*, o de constituir família e o do desenvolvimento da personalidade.

2.3. Problemas e interesses em jogo

Aqui chegados, que interesses é que estão em causa e quais os problemas que os seguem? Começamos pela futura criança⁶⁵. Que problemas podem surgir? Estará a colocar-se em causa, o melhor interesse desta⁶⁶? O melhor interesse da criança, protegido tanto no plano interno⁶⁷, como no internacional e europeu⁶⁸ – por força dos n.ºs 2 e 4 do art. 8.º da CRP –, obriga o Estado a proteger as crianças contra todas as formas de discriminação⁶⁹ e a garantir os direitos destas⁷⁰, bem como todas as medidas adequadas à efetivação da sua proteção⁷¹, de forma que, ao se legislar sobre esta matéria, temos de ter em conta todos os aspetos que lhe digam respeito.

Quem condena a prática⁷², entende estar a

criar-se, de forma unilateral, uma família monoparental⁷³, a condenar a futura criança à orfandade, porém, tratou-se de uma decisão dos dois, estando a viúva apenas a honrar um desejo de ambos. Se de facto se tratasse de um desejo unilateral, esta teria recorrido a um dador, não se submetendo aos problemas que surgem neste contexto⁷⁴. Este argumento complementa-se com o da alegada necessidade da existência de uma “família tradicional, patriarcal e heterossexual (...) independentemente da possibilidade desse grupo familiar ser gerador de um ambiente saudável ou patológico”⁷⁵. Alegam ainda a existência de um “direito inderrogável do filho a beneficiar da estrutura biparental da filiação”⁷⁶, o que se apresenta “difícilmente superável a partir de uma perspectiva constitucional”⁷⁷, pois em momento algum do art. 67.º da CRP, se lê “direito à biparentalidade”⁷⁸. O que se pode afirmar

LPMA. Contudo, no entender de Guilherme de Oliveira “a recusa só parece concebível quando o quadro clínico sugira que a intervenção redundaria, afinal, em má prática médica”. Cf. OLIVEIRA, Guilherme de (nota 44), 22.

⁷³ Há quem distinga o cenário de alguém, só, querer ter um filho, sabendo *ab initio* que este não terá pai e, o cenário de o pai falecer no processo de gravidez, todavia, para a criança não há diferença.

⁷⁴ V. HERRERA, Marisa – Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida *Post Mortem* desde la perspectiva comparada. In *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México. Vol. 11.º, n.º 39 (enero-junio de 2017), Nueva Época, 195.

⁷⁵ Cf. RODRIGUEZ, Brunella Carla e GOMES, Isabel Cristina – Novas Formas de Parentalidade: Do Modelo Tradicional à Homoparentalidade. In *Boletim de Psicologia*. Vol. 62, n.º 136 (2012), 34.

⁷⁶ Cf. COELHO, Francisco Manuel Pereira – Procriação assistida com gâmetas do casal. In *Colóquio Interdisciplinar – Procriação assistida/Colóquio Interdisciplinar* (12-13 de Dezembro de 1991). Coimbra: Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, 22-25. Neste sentido, V. COSTA, Amélia (nota 18), 51.

⁷⁷ Cf. ALMEIDA, Patricia Martinez, AMARAL, Daniela Gomes Pereira do – A Liberdade no planeamento familiar e a vedação de acesso à Reprodução Assistida em mulheres com mais de 50 anos pelo Conselho Federal de Medicina. In *Revista Thesis Juris*. São Paulo. Vol. 2, n.º 1, Jan./junho (2013), 125.

⁷⁸ Neste sentido, V. COELHO, Francisco Manuel Pereira (nota de rodapé 76), 17. Este Direito não existe porque não se podem “ignorar as concepções que numa sociedade aberta e democrática vão logrando impor-se ao longo dos tempos”. Cf. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui (nota 51), 591.

⁶⁵ Cf. Arts. 1.º e 2.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

⁶⁶ Paulo Guerra explica que a junção de termos “superior interesse da criança”, comumente utilizada, não é a mais correta. Ainda que seja o que está enraizado, já se sabe que o interesse da criança é superior a todos os outros por força da especial posição da criança. Sobre este aspeto, V. Comité dos Direitos da Criança – *Interesse superior da criança: Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração*. Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, maio de 2017, 18. Ademais, em momento algum deveríamos referir-nos à criança como “o menor”, porque esta não é menor que nada.

⁶⁷ Cf. Art. 69.º da CRP, arts. 1878.º, n.ºs 2, 5 e 8 do 1906.º, e 1907.º do CC e al. a) do art. 4.º da LPCJP.

⁶⁸ Cf. Preâmbulo, n.º 1 do art. 3.º e arts. 9.º, 18.º e 21.º da CDC, arts. 2.º e 7.º da DDC, art. 1.º da CEEDC, n.ºs 2 e 3 do art. 24.º da CDFUE.

⁶⁹ Como por exemplo o nascimento, caso em apreço no nosso estudo.

⁷⁰ Cf. N.º 1 do art. 69.º da CRP.

⁷¹ Cf. N.ºs 1 e 2 do art. 2.º da CDC.

⁷² Questiona-se se os médicos não poderão fazer uso da objeção de consciência a que têm direito, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 11.º da

é que, “as crianças têm direito a nascer num ambiente familiar saudável”⁷⁹, “que lhe proporcione as condições psico-afectivas e materiais adequadas ao seu desenvolvimento equilibrado e harmonioso”⁸⁰, de “ser educada e cuidada por alguém”⁸¹, o que “corresponde tradicionalmente ao lar composto por um pai e por uma mãe”⁸², todavia, isso não significa que apenas este cenário seja reconduzível ao conceito de “ambiente familiar saudável”⁸³. A existência de duas figuras parentais não é *conditio sine qua non* de que a criança seja feliz e tenha afeto⁸⁴, não havendo sequer uma “garantia da efetivação do Melhor interesse da Criança e do Adolescente”⁸⁵. É necessário proceder “à desconstrução de paradigmas obsoletos”⁸⁶ que insistem em “impor um molde pré-definido de família”⁸⁷ e considerar a sociedade que temos, a qual requiere a nossa atenção e tutela. Do exposto, e segundo Vera Lúcia Raposo, verificamos que muitas destas preocupações se fundam em conceções moralistas⁸⁸. Os (reais) problemas que

surgiam prendiam-se com a posição que esta futura criança iria assumir, em especial, a sua posição de herdeira legitimária, mas, como veremos adiante, este problema foi resolvido. Assim, podemos assegurar que o interesse mais ponderoso⁸⁹ está, atualmente acautelado.

Quanto ao falecido, impõe-se o respeito do consentimento deste, e, para alguns, respetiva atualidade, a qual, devido à morte, já não existirá. Não se conseguindo apurar se, de facto, quando se prosseguisse com a PMA⁹⁰, o falecido consentia no uso do seu sémen, o consentimento prestado previamente à morte não poderia ser tido em conta. Mas isto não seria desconsiderar o consentimento que tanto se preza? É dizer, se, efetivamente, existe um consentimento, informado, esclarecido, que cumpre todos os requisitos exigidos para a validação do mesmo, não deverá ser respeitada a vontade (manifestada em vida) e o desejo do falecido de ser pai⁹¹? Ora, também nos testamentos se deixa uma vontade para futuro e ninguém questiona o momento em que a mesma é dada. Em que é que o momento em que a vontade manifestada num testamento difere da manifestada em sede de consentimento para a prossecução do procedimento de PMA *Post Mortem*? Afinal, ambas produzem efeitos, visando “prolongar a vontade do *de cuius* para além da sua morte”⁹². Há vontades mais dignas/respeitáveis que outras? Não se percebe porque é que se suscita a

23

⁷⁹ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 19.

⁸⁰ Cf. BOLIEIRO, Helena – O direito da criança a uma família: algumas reflexões. In LÚCIO, Álvaro Laborinho, LEANDRO, Armando, GUERRA, Paulo – *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 2010, 99.

⁸¹ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 11.

⁸² Cf. *Ibid.*, p. 19.

⁸³ Afirmando que se não estivermos perante uma estrutura familiar constituída por “pai” e “mãe” existem desvios que implicam danos para a criança, V. COSTA, Amélia (nota 18), 50.

⁸⁴ O mesmo é-nos dito por Juan Puerto. V. PUERTO, Juan José – La Consideración de los nuevos Derechos Humanos en la legislación sobre reproducción asistida. In *Acta Bioethica*. Año VI, n.º 1, 2000, 136.

⁸⁵ Cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado – Direito de Família na perspectiva biojurídica. In *Revista Jurídica Meritum*. Belo Horizonte. Vol. 1, n.º 1 (jul./dez. 2006), 246.

⁸⁶ Cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de – Monoparentalidade e Biodireito. In *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família/coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004, 111.

⁸⁷ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 22.

⁸⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia – Direitos Reprodutivos. In *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Centro de Direito Biomédico,

Coimbra Editora. Ano 2, n.º 3 (Jan-Junho 2005), 120.

⁸⁹ Neste sentido, Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 22), 767, que nos pede para dirigir a nossa atenção aos n.ºs 5, 6 e 7 do art. 36.º, al. d) do n.º 2 do art. 67.º e n.ºs 1 e 2 do art. 69.º da CRP.

⁹⁰ Momento identificado, por alguma doutrina, como o relevante para confirmar a existência de consentimento, mas no qual já não se poderia aferir, novamente, da vontade do parceiro por ter já falecido.

⁹¹ Neste sentido, V. RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 93.

⁹² Cf. MAGALHÃES, Sandra Marques – *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamentada Assistida Homóloga Post Mortem*. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 97.

questão na necessidade da atualidade num caso, mas já não no outro. Além deste aspeto, alegam, no geral, que a PMA *Post Mortem* culmina num atentado à dignidade do *de cuius*, nomeadamente Antunes Varela, o qual defende a condenação de forma “inequívoca, logo no plano da moral e dos bons costumes de todas as práticas biomédicas incompatíveis com a dignidade da criação humana, como são a fecundação com a mistura de esperma de vários dadores, com o esperma de pessoas mortas (...)”⁹³. Porém, existindo consentimento (e verificados os seus requisitos), entendemos que é respeitando a vontade deste que se respeita a sua dignidade.

Relativamente à viúva, que interesses podemos apontar? O de constituir família, contudo, não uma qualquer: uma gerada através do material genético do falecido. Poder-se-ia perguntar se esta não estaria a tentar “«fabricar» possíveis herdeiros”⁹⁴, contudo, mesmo que fosse essa a intenção, esta seria uma mera administradora da herança da futura criança⁹⁵. E nem se acrescente que, além des-

ta pretensão de obter uma fonte de rendimento⁹⁶, existiria, ainda, um interesse egoístico, em desconsideração da futura criança, agindo apenas em benefício próprio, pois, na senda de Vera Lúcia Raposo, “as pessoas têm filhos para seu bem próprio, para satisfazer os seus desejos e anseios”⁹⁷.

Em harmonia com o exposto, atente-se às palavras de Gonçalo de Almeida Ribeiro quando este expõe que “a criança não é mais «coisificada» ou «instrumentalizada» (...) do que o é na procriação através de relações sexuais, sempre que esta seja deliberada; e se há uma inevitável instrumentalização da procriação em função do desejo dos pais de terem uma criança, com ela se não confunde a instrumentalização da *própria pessoa* que virá a ser gerada, cuja dignidade e direitos são assegurados nos mesmos termos em que o são os de qualquer pessoa humana”⁹⁸. Anteriormente, o n.º 1 do art. 6.º da LPMA, impunha a biparentalidade¹⁰⁰ – solução violadora do n.º 4 do art. 36.º, n.º 1 do art. 25.º e n.º 1 do art. 26.º da CRP¹⁰¹ –, contudo, atualmente, sendo a possibilidade alargada

⁹³ Neste sentido, V, VARELA, Antunes – A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. In *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra. A.127, n.º 3852 (Out 1994), 69 e 70; e FERRAZ, Sérgio – *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1991, 29.

⁹⁴ Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Aspectos jurídicos da inseminação artificial “*post-mortem*”. In *Colectânea de jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano VII, T. II. Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, Palácio da Justiça, 24, rodapé 20. De forma semelhante, expõe-se que haver quem tema pela “avidez da viúva, que espera conseguir uma fonte adicional de subsistência derivada dos bens do defunto marido por via de um filho que funcione como derradeira fonte de rendimento” – Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 84 e 85. Relativamente a este argumento, refira-se que já antes era permitida a TEC *Post Mortem*, criando-se, mediante este entendimento, também, possíveis herdeiros, por força dos tais “interesses patrimoniais”, ainda assim, se calhar, não entendiam ser tão gravoso pois, a fecundação teria ocorrido ainda em vida do falecido, pelo que a criação destes herdeiros teria sido querida, sem dúvida, por ambos os progenitores.

⁹⁵ Cf. RIBEIRO, Ana Raquel – Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*. In *ESTUDOS Doutrinação & Mestrado*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Maio 2020, 29.

⁹⁶ V, RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 84 e 85.

⁹⁷ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia – Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a Reprodução *Post-mortem* no caso de gestante em morte cerebral. In *Lex Medicinæ*. Centro de Direito Biomédico. Instituto Jurídico. Coimbra Editora. Ano 15 – n.º 29 (janeiro/junho 2018), 80 e 81.

⁹⁸ Cf. Acórdão do TC n.º 225/2018, p. 109. Trata-se de uma posição em sede de gestão de substituição, porém, com as devidas salvaguardas, em sede de PMA *Post Mortem*, o argumento mantém-se.

⁹⁹ Versão anterior do n.º 1 do art. 6.º da LPMA – “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMÁ”.

¹⁰⁰ Neste sentido, V, SOUSA, Rabindranath Capelo de – Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Imprensa da Universidade. Vol. 89, T. 1 (2013), 129. Se o autor se posiciona contra a PMA entre pessoas do mesmo sexo, presume-se que seja contra a *Post Mortem* por poder ser considerada “não natural”.

¹⁰¹ Cf. Acórdão do TC n.º 101/2009, de 3 de março, p. 3.

a mulheres sós¹⁰² (podendo, assim, engravidar de um número numa base de dados¹⁰³, o qual abdica de todos os direitos paternais), não faz sentido proibir-se¹⁰⁴ que uma realidade fáctica igual (uma viúva está tão sozinha como uma mulher só, todavia, se calhar até mais acompanhada porque tem, eventualmente, o apoio da família do falecido) não tenha a mesma oportunidade. Substancialmente, a situação é a mesma, o que resultava numa violação do Princípio da Igualdade¹⁰⁵, tratando-se de uma solução inconstitucional. Não se aplica aqui o argumento *a maiori ad minus*? Ou seja, se se permite que uma mulher numa situação mais grave, por ter menos apoios, (nos mais variados aspetos, não só económico), possa recorrer a técnicas de PMA, porque não haveria de poder uma viúva? Seria esta diferenciação¹⁰⁶ necessária, adequada, proporcional e cumpridora de princípios como o da igualdade? Certo é que o atual estado do Direito da Família é de turbulência¹⁰⁷, mas por haver “novas identidades familiares” significa isso que a família está em “crise”¹⁰⁸? Não. Como sabemos, o Direito apresenta-se “especialmente permeável à realidade social e às posições ideológicas *lato sensu*”¹⁰⁹, atuando como

um “*sensor* da geografia e da cronologia social”¹¹⁰ especialmente no que toca “aos papéis de género, às religiões e a alterações políticas”¹¹¹, o que obriga a uma aceleração da análise jurídica¹¹².

3. O surgimento da Lei n.º 72/2021

Desde 2006, era permitida a Transferência de Embrião Criopreservado (TEC) *Post Mortem*, mas já não a PMA com recurso a sémen, o que se justificava: ora com o argumento de que um embrião tem maior valor por se “dar continuidade a um desígnio iniciado”¹¹³; ora, por haver maior expectativa de vida¹¹⁴; ora, por poder-se retirar do facto de haver já um embrião, a existência de consentimento no sentido de o usar¹¹⁵; ora, porque, só no caso de a fecundação se realizar *Post Mortem* (uso do sémen) “é que se está a criar, deliberadamente, um filho sem pai”¹¹⁶, etc.

Ainda que já se tivesse suscitado a PMA *Post*

25

PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 58; e CAMPOS, Diogo Leite de – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. rev. e atualizada (5.ª Reimpressão da edição de 1997). Coimbra: Almedina, 2001, 160.

¹¹⁰ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte – *Perspetivas de evolução do Direito da Família em Portugal*. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 347 e 348.

¹¹¹ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Interesse da Criança e ética de cuidado*. In Publicações ELSA Coimbra, 1 de junho de 2021, 2.

¹¹² Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira (nota 17), 430.

¹¹³ Cf. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 89. Em sentido semelhante, mas fundamentando com a proteção do direito ao Património Genético, V, BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (nota 94), 23.

¹¹⁴ Neste sentido, V, RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 89. Os autores explicam que: não admitir a TEC *Post Mortem* levaria à destruição dos embriões; e a admissibilidade da técnica é a solução mais respeitadora da vida.

¹¹⁵ Solução adotada por Espanha – Cf. Art. 9.2, 2ª parte da Ley 14/2006 de 26 de mayo. Neste sentido, V, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón (nota 103), 460; e GOSÁLBEZ, Pablo Enguer, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón – *Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España*. In *Revista Latinoamericana de Bioética*. Universidad Militar Nueva Granada, Editorial Neogranadina. Vol. 18, n.º 1, ed. 34, 126.

¹¹⁶ Cf. DUARTE, Tiago – *In vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003, 99, rodapé 208.

¹⁰² Cf. N.º 3 do art. 4.º da LPMA.

¹⁰³ Neste sentido, V, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón – *Reflexiones acerca del Documento indubitado en la fecundación “Post Mortem”*. In *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 9 (agosto 2018), 462.

¹⁰⁴ Também, neste sentido, Cf. OLIVEIRA, Guilherme de – *Estabelecimento da Filiação*. Lisboa: Petrony Editora, 2019, 251.

¹⁰⁵ Cf. Art. 13.º da CRP.

¹⁰⁶ O argumento de que “o dador também poder estar morto e nem por isso há um impedimento do uso do seu material genético” não é decisivo, pois do recurso ao material genético do dador não resultam as mesmas repercussões jurídicas que têm lugar numa determinação da filiação, que é o que se quer aqui fazer.

¹⁰⁷ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 17.

¹⁰⁸ Neste sentido, V, BOLLEIRO, Helena (nota 80), 105.

¹⁰⁹ Neste sentido, Cf. COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução Direito Matrimonial*. 5ª edição. Imprensa da Universidade de Coimbra (abril, 2016), 174;

Mortem com recurso a sémen, a questão ganhou palco após a emissão, difundida pela TVI, da minissérie documental “Amor Sem Fim”, em fevereiro de 2020, onde o país passou a conhecer a história de Ângela e Hugo Ferreira. Esta senhora tinha ficado impedida de prosseguir com os tratamentos pois, à data da morte de Hugo, não havia já um embrião, mas apenas sémen, o qual havia sido criopreservado com o intuito de um dia, querendo, ter a possibilidade de ter filhos, vontade essa que se veio a formar. Contudo, por força do adiamento e das orientações pouco congruentes dadas ao casal, o recurso à PMA, em vida, não foi possível e, não sendo, a PMA *Post Mortem* com recurso a sémen permitida à data, a senhora não pôde prosseguir com a PMA¹¹⁷.

Esta Lei surge, então, através de um conjunto de Projetos de Lei (PJL’s), apresentados ao abrigo do n.º 1 do art. 167.º da CRP e do n.º 1 do art. 119.º do Regimento da Assembleia da República, elaborados pelos Cidadãos, pelo Partido Socialista (PS), pelo Bloco de Esquerda (BE) e ainda pelo Partido Comunista Português (PCP). No geral, as propostas assemblavam-se, divergindo apenas em alguns aspetos¹¹⁸.

No tocante ao Parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)¹¹⁹, dentro dos aspetos que enunciaram, realçamos: respeito da dignidade humana dos intervenientes,

interesse superior da criança que nascer¹²⁰; necessidade de disposições autónomas relativamente à PMA *Post Mortem*¹²¹; preferência pela forma escrita do consentimento em documento autêntico ou autenticado¹²²; prazo mínimo de reflexão e máximo para se poder concluir a sucessão com segurança, sugerindo o prazo de três anos¹²³; número máximo de tentativas¹²⁴; e por fim, relembra o princípio da não retroatividade da lei geral e abstrata^{125/126}. Veja-se, por último, o Parecer emanado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)¹²⁷, do qual se pode retirar que: as razões que subjazem à licitude excecional da TEC *Post Mortem* são as mesmas que justificam a IA e a FIV *Post Mortem* e que, face às alterações de 2016, seria incongruente não as permitir¹²⁸; não devem existir juízos em relação às opções individuais dos beneficiários, mas apenas a observância dos princípios deontológicos¹²⁹; deve presar-se pela dignidade do ser humano e dos seus direitos face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas¹³⁰; deve ter-se atenção às emoções presentes e que as decisões devem ter em consideração

¹²⁰ Cf. *Ibid.*, 2.

¹²¹ Cf. *Ibid.*

¹²² Cf. *Ibid.*, 3.

¹²³ Cf. *Ibid.*

¹²⁴ Cf. *Ibid.*, 3 e 4.

¹²⁵ Cf. *Ibid.*, 4.

¹²⁶ Anexo ao Parecer, Joana Mesquita-Guimarães, clarifica que concorda com o parecer emitido, no entanto, não concorda com a aplicação das técnicas em contexto *post-mortem*, apresentando como fundamentos: secundarização do superior interesse da criança a nascer; possível violação da dignidade da Pessoa Humana; demasiadas emoções que possam perigar o saudável desenvolvimento psíquico da criança; inegáveis preocupações de direito de filiação e direito sucessório que afetam todos os beneficiários. Cf. *Ibid.*, 5.

¹²⁷ Cf. Parecer sobre os PJL’s do CNECV – 112/CNECV/2020 – de setembro de 2020, disponível em <https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/112-cnecv-2020> (acesso em 11/11/2021).

¹²⁸ Cf. *Ibid.*, 4.

¹²⁹ Cf. *Ibid.*, 5.

¹³⁰ Cf. *Ibid.*

¹¹⁷ Após uma primeira tentativa falhada, com recurso a IA, Ângela conseguiu engravidar, por força de uma FIV, do falecido marido, anúncio este feito dia 20 de fevereiro de 2023.

¹¹⁸ O PJL do PS divergia ao determinar uma exceção na atribuição da filiação, mantinha a proibição da PMA *Post Mortem*, tipificando os casos excecionais em que podia ocorrer e propunha a aplicação retroativa; os PJL’s dos Cidadãos, do BE e do PCP permitem a prática; e, quanto à *vacatio legis*, o PJL do BE estabelecia trinta dias após a publicação e os do PS e PCP estabeleciam o dia seguinte à publicação.

¹¹⁹ Cf. Parecer sobre os PJL’s do CNPMA, de 18 de outubro de 2020, disponível em https://www.cnpma.org.pt/destaques/Documents/CNPMA%20Parecer_IPM%20OUT.2020.pdf (acesso em 11/11/2021).

o futuro ser; o facto de não se exigir diagnóstico de infertilidade no caso de mulher só, não significa que a PMA seja um meio de reprodução alternativo¹³¹. No entanto, entendem que os argumentos apresentados não eliminam as reservas éticas já mencionadas anteriormente, emitindo parecer desfavorável¹³².

Ainda assim, veja-se, a declaração de voto de André Dias Pereira, uma vez que este votou contra o Parecer desfavorável¹³³, expondo que: a criança nasce com duas linhas familiares, o que é de enorme relevância na formação da personalidade da criança; e que “no plano ético, estando o projeto parental claramente estabelecido (...) e sendo a decisão da mulher ponderada e informada, com *acompanhamento psicológico* e após um *adequado período de reflexão*, consideramos que o nascimento da criança (...) não levantará problemas diferentes da implantação no útero de um embrião já concebido, como já se admite desde a versão originária (Lei n.º 32/2006, de 26 de junho)”¹³⁴. Em suma, a “alteração à lei torna o sistema jurídico que regula a PMA mais coerente”¹³⁵.

O texto comum, foi votado, aprovado, publicado em Diário da República¹³⁶ e enviado para promulgação¹³⁷. Contudo, o Presidente da República Marcelo Rebelo de Sousa, quando se pronunciou sobre o DL n.º 128/XIV¹³⁸, acabou por o vetar¹³⁹

¹³¹ Cf. *Ibid.*

¹³² Cf. *Ibid.*, 9.

¹³³ Cf. Declaração de voto de André Dias Pereira relativo ao Parecer 113/CNECV/2020, disponível em https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/112-cneqv-2020/download_document=8028&token=1d-f3361e7715ee1fdb6327cc104e4b54 (acesso em 20/11/2022).

¹³⁴ Cf. *Ibid.*, 2.

¹³⁵ Cf. *Ibid.*

¹³⁶ Cf. Art. 119.º da CRP.

¹³⁷ Cf. Art. 136.º da CRP.

¹³⁸ Cf. DL n.º 128/XIV, disponível em [ver link](#) (acesso em 11/11/2021).

¹³⁹ Cf. Não promulgação, disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/14/02/123/2021-04-28/3?pgs=3&org=PLC> (acesso a 11/11/2021).

por entender ainda existirem dúvidas em diferentes planos. De volta à Assembleia da República, procedem-se às alterações necessárias, nomeadamente aos arts. 2033.º e 2046.º do CC, uma vez que os nascituros não concebidos só reuniam capacidade sucessória na sucessão testamentária ou contratual e não eram previstos na herança jacente. É daqui que sairá o DL n.º 188/XIV¹⁴⁰, votado a 22/10/2021. Seguindo para promulgação e tendo lugar a Referenda Ministerial¹⁴¹, surge, finalmente, a Lei n.º 72/2021 de 12 de novembro¹⁴².

4. Determinação da filiação e efeitos sucessórios

Como se constata, “a existência de herdeiros legítimos, coincidentes com os familiares mais próximos, evidencia o cordão umbilical que une o Direito das Sucessões ao Direito da Família”¹⁴³. A forma clássica de estabelecimento de filiação¹⁴⁴ funda-se na procriação¹⁴⁵, sendo intenção do princípio biológico¹⁴⁶ que o estabelecimento da filiação tenha

¹⁴⁰ Cf. DL n.º 188/XIV, disponível em [ver link](#) (acesso em 11/11/2021).

¹⁴¹ Cf. Art. 140.º da CRP.

¹⁴² Cf. Lei n.º 72/2021 de 12 de novembro, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/72-2021-174244807> (acesso em 11/11/2021).

¹⁴³ Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva – *Direito da Família*. 3ª ed., Revista e Atualizada, 2ª reimpr. AAFDL, outubro 2021, 151. Em sentido semelhante, Pamplona Corte-Real, expõe: “diz-me tu, Direito de Família, quem e de que modo se é filho, que eu te direi da sua qualidade como sucessor”. Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (PMA). In ASCENSÃO, José de Oliveira – *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. I. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2005, 106.

¹⁴⁴ Cf. Art. 1796.º do CC. O estabelecimento da maternidade encontra-se nos arts. 1803.º a 1807.º e o estabelecimento da paternidade encontra-se nos arts. 1826.º a 1846.º, todos do CC.

¹⁴⁵ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 39.

¹⁴⁶ Na senda de Clara Sottomayor, há uma íntima relação entre o Direito da Família e o da Filiação, porque ambos se fundam no princípio da verdade biológica e pretendem que o Estado faça coincidir os vínculos bio-

uma tradução jurídica fiel¹⁴⁷, motivo pelo qual, intrinsecamente ligado, surge o conhecimento e o reconhecimento da paternidade, consagrados no n.º 1 do art. 25.º e n.º 1 do art. 26.º da CRP. O estabelecimento da filiação¹⁴⁸, que “transforma a realidade biológica em realidade jurídica”¹⁴⁹, está previsto no CC¹⁵⁰, sendo que, quanto à paternidade, além da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*¹⁵¹, esta pode ainda ser estabelecida através de perfilhação¹⁵², averiguação oficiosa da paternidade¹⁵³ ou reconhecimento judicial¹⁵⁴. Porém, no nosso caso, regemo-nos por normas específicas, de modo que, para responder ao problema convocamos os arts. 20.º e 23.º da LPMA.

Falamos aqui em determinação da filiação e não em estabelecimento¹⁵⁵, o que parece que tenha sido para “diferenciar o regime daquele que o código civil consagra”¹⁵⁶. Neste contexto, o facto gerador da filiação é o consentimento¹⁵⁷, o qual “pressupõe

uma dupla intenção: uma intenção dirigida à admissão da procriação e uma intenção ulterior de constituição do vínculo de filiação”¹⁵⁸. Portanto, havendo consentimento nos termos do art. 14.º da LPMA, se, do emprego das técnicas nascer uma criança, esta será *havida como filha* (itálico nosso) de quem consentiu, determinando-se a respetiva parentalidade¹⁵⁹. Também em contexto de PMA *Post Mortem*¹⁶⁰, se determina a parentalidade, estabelecendo-se que, se, da inseminação realizada resultar gravidez da mulher, esta criança que vier a nascer é *havida como filha do falecido* (itálico nosso)¹⁶¹.

O consentimento apresenta-se, ainda, como essencial, tendo sempre de ser “condição prévia à prática da inseminação artificial”¹⁶². Assim, não me parece concebível a prossecução destas técnicas sem consentimento, ainda que noutros países se considere suprimi-lo através dos meios judiciais (caso do Brasil)¹⁶³, valendo como prova as “manifestações expressas”, como o depósito do material genético. Podemos, portanto, concluir, que “enquanto a filiação decorrente de acto sexual se pode constituir relativamente a uma pessoa que não tenha tido vontade de procriar nem de assumir a qualidade de progenitor

lógicos com os vínculos jurídicos e afetivos. V. SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Temas de Direito das Crianças*. Reimpressão 2020. Almedina, 2016, 314.

¹⁴⁷ V. OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Moura (colab.) (nota 49), 375. No mesmo sentido, V. CAMPOS, Diogo Leite de, CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 5ª ed. rev. e atualizada (Reimpressão 2022). Coimbra: Almedina, outubro, 2020, 380.

¹⁴⁸ Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro há “um interesse público forte, no estabelecimento da filiação, que se extrai da regulamentação constitucional sobre a protecção da infância e do direito de estabelecer a filiação”. Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 22), 782.

¹⁴⁹ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara (nota 146), 314.

¹⁵⁰ Vigora aqui o princípio da taxatividade, de forma a se excluírem acordos privados que pretendessem constituir outros vínculos. Cf. OLIVEIRA, Guilherme de (nota 104), 376.

¹⁵¹ Cf. Art. 1826.º do CC.

¹⁵² Cf. Art. 1849.º a 1863.º do CC.

¹⁵³ Cf. Art. 1864.º a 1868.º do CC.

¹⁵⁴ Cf. Art. 1869.º a 1873.º do CC.

¹⁵⁵ Cf. Art. 20.º da LPMA.

¹⁵⁶ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Moura (colab.) (nota 49), 453.

¹⁵⁷ Cf. Art. 20.º da LPMA. A título de curiosidade, vejamos os Modelos de Consentimento Informado que existem em sede de PMA, disponíveis em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/modelos-de-consentimento-informado.aspx> (acesso em 07/11/2022).

¹⁵⁸ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 235 e 236.

¹⁵⁹ Cf. Art. 20.º da LPMA.

¹⁶⁰ Cf. Art. 23.º da LPMA.

¹⁶¹ Se observarmos a letra das normas, vemos que é usada a mesma expressão tanto em sede de PMA em vida como em PMA *Post Mortem*. Daqui se retira que estas crianças beneficiarão dos mesmos direitos que as nascidas por procriação natural. Se não reconhecêssemos todos os efeitos, estaríamos a vedar à criança nascida através destas técnicas a sua identidade genética, com a agravante de estarmos na presença de um diploma inconstitucional por se violar o disposto no art. 13.º da CRP, bem como o art. 3.º da LPMA.

¹⁶² Cf. CARDOSO, Augusto Lopes – Procriação humana assistida: alguns aspectos jurídicos. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. A. 51, n.º 1 (abril 1991), 11.

¹⁶³ Neste sentido, V. RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 83 e 90 a 92. Para mais desenvolvimentos, V. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de – Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. In *Revista de Bioética y Derecho*. Observatori de Bioética i Dret. N.º 34 (2015), 64-80.

(...), a filiação decorrente de PMA só se pode constituir tendo havido consentimento para a procriação e para a relação parental¹⁶⁴.

Vista a questão da filiação, é tempo de olhar para a atribuição dos efeitos sucessórios e de quem deles beneficia. Na senda de Capelo de Sousa, “a ordem jurídica (...) chama imediatamente à sucessão determinados sucessíveis, que preenchem um certo número de requisitos legais¹⁶⁵ que gozem “de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade¹⁶⁶. Este é um ramo que se pauta “por valores de certeza e segurança jurídicas¹⁶⁷, valores que poderiam ser postos em causa numa PMA *Post Mortem*, consoante as soluções que forem adotadas em sede de vocação sucessória. O Direito atua “independente do reconhecimento de personalidade jurídica¹⁶⁸ porque se funda na futura “natureza humana e não pelo facto de ter personalidade jurídica¹⁶⁹, protegendo-se, assim, os interesses do futuro ser humano¹⁷⁰. Por força da Lei n.º 72/2021, passam, ao lado dos nascituros concebidos, a estar previstas “as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*”¹⁷¹ – os nascituros não concebidos, passam, assim, a deter capacidade sucessória total¹⁷². Desta forma, na sen-

da de Orlando de Carvalho, tutelam-se “núcleos de interesses na previsão de um sujeito jurídico inexistente”¹⁷³, pelo que teremos, de forma temporária, direitos sem sujeito¹⁷⁴, até que haja um nascimento ou este se demonstre impossível, ou seja, “a sua vocação fica também dependente da condição suspensiva do seu nascimento”¹⁷⁵. Por isso mesmo, o chamamento destas pessoas, como nos alerta Cristina Dias, “estará sujeito ao previsto na LPMA, em especial nos arts. 22º, 22º-A e 23º”¹⁷⁶.

Esta alteração é fulcral, porque, os filhos, ocupando a primeira classe de sucessíveis, se não usufrussem desta capacidade, seriam extremamente prejudicados¹⁷⁷ e alvo de um “tratamento normativo muito inferior em relação à vocação legítima”¹⁷⁸ o que consubstanciaria numa discriminação¹⁷⁹. Como Sandra Marques Magalhães evidencia, “a segurança do processo sucessório e a definição dos sucessores (...) não devem prevalecer sobre os direitos hereditários decorrentes da filiação que vier a ser atribuída à pessoa nascida mediante PMA *Post Mortem*, até, porque não são valores absolutos

29

al. a), a tal circunstância, admitindo extensivamente a capacidade sucessória de concepturos nascidos por inseminação *post-mortem*, maxime como filhos do dador falecido e na sucessão legal, nos mesmíssimos termos”. Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona (nota 143), 107.

¹⁷³ Cf. CARVALHO, Orlando de (nota 170), 196.

¹⁷⁴ Neste sentido, Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª ed., 2.ª reimpressão. Coimbra Editora, 2012, 196-198.

¹⁷⁵ Cf. DIAS, Cristina M. Araújo (Coord.) – *Código Civil Anotado – Livro V – Direito das Sucessões*. 2ª ed. Almedina, 2022, 38 e 39; e n.º 1 do art. 66.º do CC. Também neste sentido, V. CARVALHO, Orlando de (nota 170), 195; e PINTO, Carlos Alberto da Mota (nota 174), 203.

¹⁷⁶ Cf. DIAS, Cristina M. Araújo (Coord.) (nota 175), 37.

¹⁷⁷ V. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 99.

¹⁷⁸ Cf. RIBEIRO, Raphael Rego Borges – Reprodução Assistida Post Mortem e Direitos Sucessórios. In *Revista de Direito de Família e Sucessão*. Encontro Virtual. Vol. 6, n.º 2 (Jul/Dez. 2020). 29.

¹⁷⁹ Neste sentido, V. CECCHINI, Francieli Pisetta – Inseminación Artificial y Fecundación In vitro Homólogas *Post Mortem*: La Filiación y la Sucesión según la Ley Brasileña. In Foro, *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, Nueva Época*. Vol. 19, n.º 1 (2016), 374.

¹⁶⁴ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 25), 193 e 194.

¹⁶⁵ Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de – *Lições de Direito das Sucessões*. Vol. I. 4ª Ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 282.

¹⁶⁶ Cf. Art. 2032.º do CC.

¹⁶⁷ Cf. RIBEIRO, Ana Raquel (nota 95), 25 e 26.

¹⁶⁸ Cf. OTERO, Paulo (nota 60), 32.

¹⁶⁹ Cf. *Ibid.*, 33.

¹⁷⁰ Sobre a proteção aos nascituros concebidos e não concebidos, V. CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 194; e MELO, Helena Pereira de – *Manual de Biodireito*. Coimbra: Almedina, 2008, 184 e 185.

¹⁷¹ Cf. N.º 1 do art. 2033.º do CC.

¹⁷² Pamplona Corte-Real, em momento anterior às alterações, entendia que a solução passava por “estender o disposto no art. 2033.º, n.º 2.

(...). A admissibilidade da petição de herança [art. 2075.º do Código Civil] (...) é a demonstração indiscutível de que um mapa sucessório pode jamais estar definitivamente fixado¹⁸⁰.

Por fim, veja-se que, ainda que a morte ponha fim à produção de efeitos, isso não acontece em todos os âmbitos pois os direitos de personalidade “gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular”¹⁸¹, não enquanto desvio à cessação da personalidade¹⁸², mas como “protecção de interesses e direitos de pessoas vivas”¹⁸³. Mas não só: também as “vontades e interesses do falecido expressas num testamento”¹⁸⁴ consubstanciam em efeitos que se produzem após a morte. Se isto era possível, porque é que não haveria de ser válido o consentimento com vista ao recurso das técnicas de PMA em momento *Post Mortem*¹⁸⁵? Não fazia sentido e, por isso mesmo, passou a ser possível o procedimento dentro os limites que iremos agora expor.

5. Análise do regime atual

Por força do art. 4.º da LPMA, estamos perante um método subsidiário¹⁸⁶, porém, ao permitir-se

o acesso a todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade¹⁸⁷, poder-se-ia pensar que “os n.ºs 1 e 2 só existem como declaração de intenções, mas sem efeitos práticos”¹⁸⁸, mas, como vimos, ainda assim, a PMA não passou a ser um método de procriação subsidiário. Contudo, face a esta alteração, deixou de fazer sentido a proibição da PMA *Post Mortem* de modo que, atualmente, é possível. Exige-se a idade mínima de dezoito anos, além da inexistência de uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas¹⁸⁹, não existindo idade máxima¹⁹⁰, todavia, é sabido que “em termos biológicos a reprodução feminina depara-se com um «prazo de validade» bem mais restrito (...)”¹⁹¹.

Diz-nos o art. 22.º da LPMA que é lícita a PMA *Post Mortem* com sêmen da pessoa falecida a fim de realizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido (n.º 1), aplicando-se o mesmo

dução ou que farão uma vasectomia. Cf. CNPMA, Preservação do Potencial Reprodutivo, disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/preservacao-do-potencial-reprodutivo.aspx> (acesso em 20/01/2022).

¹⁸⁷ Cf. N.º 3 do art. 4.º da LPMA.

¹⁸⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 15.

¹⁸⁹ Cf. N.º 2 do art. 6.º da LPMA. Esta exigência “parece justificar-se na exigência de alguma maturidade para a paternidade/maternidade”. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 6.

¹⁹⁰ No setor público permite-se: técnicas de PMA de 1ª linha (indução de ovulação e inseminação intrauterina) a mulheres que não ultrapassem os 42 anos (41 anos e 365 dias); e técnicas de PMA de 2ª linha (fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática de espermatozoide) a mulheres que não ultrapassem os 40 anos (39 anos e 364 dias). Cf. Circular Normativa n.º 15/2019/DPS/ACSS, de 07 de novembro de 2019, Condições e procedimentos de pagamento das prestações de saúde realizadas aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde que devam ser cobradas pelas Instituições Hospitalares ao abrigo do Contrato-Programa 2019, 45, disponível em https://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2019/11/Circular-Normativa_15_2019_DPS_ACSS.pdf (acesso em 15/04/2022). No setor privado, é permitido a aplicação de técnicas de PMA a mulheres que, aquando da concretização da técnica, não tenham idade superior a 49 anos e 365 dias (ou 366 se for ano bissexto). Cf. Deliberação n.º 15-II/2017, de 20 de outubro do CNPMA, Estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias, 5, disponível em <https://www.cnpma.org.pt/Documents/Deliberacao15-II.pdf> (acesso em 15/04/2022).

¹⁹¹ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 40), 6 e 7.

¹⁸⁰ Cf. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 163.

¹⁸¹ Cf. N.º 1 do art. 71.º do CC. Neste sentido, V. PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 5ª ed. Gestlegal, fevereiro de 2022, 16; e CAMPOS, Diogo Leite de, CAMPOS, Mónica Martinez de (nota 147), 60.

¹⁸² Neste sentido, V. LIMA, Pires de, VARELA, Antunes – *Código Civil: anotado*. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editor, 1987, 104.

¹⁸³ Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota (nota 174), 205. Também, neste sentido, V. SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995, 366 e 367.

¹⁸⁴ Cf. RIBEIRO, Ana Raquel (nota 95), 12.

¹⁸⁵ Ana Raquel Ribeiro entende que a PMA *Post Mortem* “pode (...) ser vista como um ato de disposição *Post Mortem* limitado através do recurso ao consentimento informado, havendo um prazo razoável para utilização do sêmen disposto”. Cf. *Ibid.*

¹⁸⁶ Poderão beneficiar da preservação do potencial reprodutivo: pessoas que farão tratamento citotóxico; pessoas transgénero previamente à terapêutica (hormonal/cirúrgica); homens com trabalhos que acarretam riscos à repro-

quando o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade (n.º 2)¹⁹². Como podemos retirar dos arts. 22.º, 22.º-A e 14.º da LPMA, exige-se, que o consentimento prestado pelos beneficiários seja “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”¹⁹³. Abre-se a possibilidade, no n.º 2 do art. 22.º-A da LPMA, de o consentimento para a PMA *Post Mortem* constar do documento previsto no art. 14.º da LPMA, mas apenas se constar de cláusula autónoma, de forma a não existirem dúvidas quanto ao sentido da declaração da vontade. Existe ainda uma obrigação de informação¹⁹⁴, fundada no direito dos pacientes a serem “corretamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos”¹⁹⁵. Portanto, exige-se que o consentimento assuma uma certa forma¹⁹⁶, tendo o mesmo valor, esteja em formato físico ou em vídeo¹⁹⁷ e que seja comunicado ao CNPMA (órgão competente para regular estas questões) para o devido registo centralizado¹⁹⁸.

¹⁹² Nesta segunda hipótese, se não existir consentimento e a pessoa falecer durante o período de conservação, o material genético é destruído. Cf. N.ºs 1, 2 e 3 do art. 22.º da LPMA.

¹⁹³ Cf. N.º 1 do art. 14.º da LPMA. Com esta exigência, coloca-se a responsabilidade da recolha do consentimento no médico. Cf. CARDOSO, Augusto Lopes (nota 162), 15.

¹⁹⁴ Neste sentido, *V. RAPOSO*, Vera Lúcia, PEREIRA, André Dias (nota 35), 99. Estas informações e o dever que recai sobre elas “obedece (...) aos princípios da simplicidade e da suficiência, e visa o esclarecimento”. Cf. RODRIGUES, João Vaz (nota 2), 241.

¹⁹⁵ Cf. Al. c) do art. 12.º da LPMA.

¹⁹⁶ Não há liberdade de forma (art. 219.º do CC), uma vez que, apesar de se admitir mais que uma forma de prestação de consentimento, é, ainda assim, exigida forma.

¹⁹⁷ Cf. Art. 22.º-A da LPMA e art. 368.º do CC. Em Espanha exige-se “el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas”. Cf. N.º 2 do art. 9.º da *Ley* 14/2006.

¹⁹⁸ Cf. N.º 3 do art. 22.º-A da LPMA.

Ao se exigir que o consentimento seja prestado pelos beneficiários, preza-se pelo seu carácter pessoalíssimo porque se afasta a possibilidade de outra pessoa dar consentimento no lugar do falecido, salvaguardando-se a dignidade deste, a qual “jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros”¹⁹⁹. Com isto em mente, e lembrando a regra da exigência legal de documento escrito²⁰⁰, não faria sentido que se criassem exceções²⁰¹. Numa palavra, acompanho as soluções positivadas nos arts. 22.º e 22.º-A da LPMA. Nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art. 22.º, reconhecendo-se que “a labilidade emocional após a morte do cônjuge pode induzir solicitações precipitadas ou desmedidas”²⁰², existe um prazo²⁰³ para a realização da PMA, não devendo ser inferior a seis meses²⁰⁴ (salvo razões

¹⁹⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto – Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In CORREIA, Fernando Alves, MACHADO, Jónatas E. M., LOUREIRO, João Carlos – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 148.

²⁰⁰ Cf. Art. 364.º do CC.

²⁰¹ Através destas exigências: possibilita-se a proteção das partes em face de terceiros que se pudessem querer aproveitar; assegura-se que as partes refletiram sobre o assunto e decidiram de forma segura e não leviana ou precipitada; existe um registo desta vontade a qual obedece a diversos requisitos para se poder considerar como válida; e facilita-se a prova desta mesma vontade. Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota (nota 174), 428 e 429. Também neste sentido, *V. MAGALHÃES*, Sandra Marques (nota 92), 110.

²⁰² Cf. LOZANO, Jorge Armando Guzmán, TAKITANE, Juliana – Considerações jurídicas, éticas e médico-legais sobre a reprodução *Post Mortem* em alguns países da Ibero-América: revisão integrativa. In *Revista Latino-Americana de Bioética*. Universidad Militar Nueva Granada, Editorial Neogranadina. Vol. 21 N.º 1, enero-junio, (2021), 26 e 27.

²⁰³ O prazo justifica-se: poder assegurar-se a qualidade do material genético; determinação da filiação e respetiva atribuição de direitos sucessórios; e, por segurança jurídica. No sentido de exigência de prazo, *V. RAPOSO*, Vera Lúcia (nota 88), 124; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (nota 94), 23; CECCHINI, Francieli Pisetta (nota 179), 375; RIBEIRO, Ana Raquel (nota 95), 16 e 27; MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 170; e RAPOSO, Vera Lúcia, DANTAS, Eduardo (nota 16), 93.

²⁰⁴ Neste sentido, *V. BATZER*, Frances R., HURWITZ, Joshua M., CAPLAN, Arthur – Postmortem parenthood and the need for a protocol with posthumous sperm procurement. In *FERTILITY AND STERILITY*. American Society for Reproductive Medicine, Elsevier Inc. Vol. 79, N.º 6, (june 2003), 1266.

clínicas que o justifiquem), nem superior a três anos (a contar da morte do falecido), existindo número máximo de tentativas²⁰⁵, independentemente das quais, apenas se pode concretizar uma única gravidez²⁰⁶. É ainda assegurado, se requerido, acompanhamento psicológico, durante e após os procedimentos²⁰⁷.

No tocante à atribuição da paternidade²⁰⁸, a criança é *havida como filha do falecido* (itálico nosso), inclusive em virtude de uma PMA *Post Mortem* indevida²⁰⁹. Estabelece-se ainda que, havendo a possibilidade de PMA *Post Mortem*, a herança do falecido mantém-se jacente por três anos, prorrogando-se o prazo até se dar o nascimento completo e com vida do nascituro²¹⁰. Se até então concordamos, na íntegra, com as alterações (bem) realizadas, a verdade é que, aqui, quanto à determinação da

paternidade, não o podemos fazer. Felicita-se por ser lícita a PMA *Post Mortem* e por, agora a futura criança *haver-se* (efetivamente) *como filha do falecido* (itálico nosso). Contudo, no n.º 2, voltamos ao passado e reconhecemos como filha do falecido a criança nascida por PMA *Post Mortem* em violação dos termos que a admitem. Não se compreende²¹¹. Bem se entende de que aqui, do que se trata é de uma “prática criminosa, atentatória da integridade física e da dignidade humana”²¹² porque não se respeitou a vontade do falecido, reduzido, agora, a um instrumento. Que sanções²¹³ existem? Face a uma PMA sem consentimento temos duas sanções: nos termos do n.º 7 do art. 23.º da LPMA, se forem prejudicados interesses patrimoniais de terceiros, nomeadamente direitos sucessórios, os seus autores incorrem no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista²¹⁴; e, nos termos do art. 42.º-A (aditado) prevê-se a punição com pena de prisão até 2 anos ou multa de 240 dias, se tiver existido intenção de obter ganho próprio ou de causar

²⁰⁵ Segundo o CNPMA, nos centros públicos, cada casal (ou mulher sem parceiro/a) tem direito a efetuar 3 IA e 3 ciclos de FIV / ICSI com transferência de embriões desde que não seja ultrapassado o limite de idade da beneficiária”. Cf. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, FAQS, Existe um limite para o número de tratamentos de PMA que podem ser feitos?, disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/faqs.aspx> (acesso em 18/09/2022).

²⁰⁶ Cf. N.ºs 4, 5 e 6 do art. 22.º da LPMA. Esta solução parece ir de encontro à responsabilidade reprodutiva de que Vera Lúcia Raposo fala. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia – Bons pais, bons genes? Deveres Reprodutivos no domínio da saúde e *procreative beneficence*. In *Cadernos da Lex Medicinæ, Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades* – Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico. Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. N.º 4, Vol. 2 (2019), 472.

²⁰⁷ Cf. N.º 7 do art. 22.º da LPMA.

²⁰⁸ Cf. Art. 23.º da LPMA. Em Espanha se o material genético não estiver no ventre da mulher à morte do homem, nenhum efeito se produz. Contudo, pode sempre dar o consentimento em escritura pública, testamento ou documento com instruções prévias, a ser utilizado nos 12 meses após a sua morte. Daqui decorrerão os efeitos jurídicos decorrentes da filiação matrimonial – N.ºs 1 e 2 do art. 9.º, da *Ley 14/2006*.

²⁰⁹ Cf. N.ºs 1 e 2 do art. 23.º da LPMA. Na versão anterior do n.º 1 do art. 23.º, estabelecia-se que “se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido”.

²¹⁰ Cf. N.ºs 5 e 6 do art. 23.º da LPMA e art. 2046.º do CC. Esta solução não foi inovadora, pois já face aos nascituros concebidos se estabelecia a suspensão do inventário até que este nascesse. Cf. Al. c) do n.º 1 do art. 1092.º do CPC.

²¹¹ Já anteriormente não havia sanção, a criança era *havida como filha* (itálico nosso) e a lei nem clarificava como se atribuíam os efeitos de filiação do falecido: caso este se tivesse manifestado de forma clara contra a IA *Post Mortem*; nem o que aconteceria se, não existindo consentimento do novo marido ou companheiro da mãe, se isso implicava a atribuição da filiação ao *de cujus* ou ao novo parceiro; nem até na inexistência de consentimento de ambos. Cf. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 70.

²¹² Cf. RAPOSO, Vera Lúcia (nota 88), 123.

²¹³ Cf. N.º 7 do art. 23.º, art. 42.º-A e al. d) do n.º 1 do 44.º da LPMA. Esta última, aplica-se quando o consentimento dos beneficiários existe, no entanto, não obedece aos requisitos do art. 14.º da LPMA. Nestes casos, a aplicação de qualquer técnica constitui uma contraordenação. Aqui lemos *aplicação* (itálico nosso), por isso é direcionada a quem aplica as técnicas, ou seja, à equipa médica. Esta conclusão é suportada pelo facto de mais à frente se falar dos beneficiários, no plural, não sendo considerada aqui a mulher.

²¹⁴ Cf. N.º 7 do art. 23.º da LPMA. A utilização dos termos *os seus autores* (itálico nosso) leva-nos a entender que aqui se está a considerar a viúva e toda a equipa que proporcionou a realização do procedimento. Todavia, esta norma apenas se efetivará se se provar que foram lesados interesses patrimoniais.

prejuízo a alguém²¹⁵. Ainda assim, a futura criança, sempre será considerada filha do falecido, não por força do critério do consentimento, mas por força do critério biológico, fundado na necessidade de determinação da filiação. Parece que os tempos em que tínhamos um diploma com uma “função meramente pedagógica”²¹⁶ não estão assim tão longe. Conclui-se que, o Direito evoluiu, havendo um enquadramento diverso, porém a solução em sede de ausência de consentimento é a mesma, o que não é de desvalorizar, porque estas futuras crianças já têm capacidade sucessória, de modo que produziram-se todos os efeitos.

Vejamos o seguinte cenário: temos o Sr. A (dador de material genético) e o Sr. B (doente oncológico que vai iniciar os tratamentos e quer salvar a *possível escolha* [itálico nosso] de, um dia, ser pai). Objetivamente, temos dois homens a conservar o seu material genético e que, nesse sentido, preenchem os respetivos Consentimentos Informados. Subjetivamente, no caso do Sr. A, temos um homem a querer doar o seu sémen, sem ser havido progenitor²¹⁷ e, no caso do Sr. B, um homem que quer, *apenas* (itálico nosso) criopreservar o material genético. Possivelmente, este até poderá querer que se use o seu sémen em contexto *Post Mortem*, mas de momento não se manifestou nesse sentido, de modo que não podemos atribuir efeitos a algo que não existe²¹⁸.

Não será, também, o caso do Sr. B um caso em que se deva aplicar o regime da procriação com recurso a dádiva de gâmetas? Se pensarmos bem, a situação fáctica é a mesma: temos indivíduos que “depositaram” material genético, mas que não demonstram querer ser havidos como pais das futuras crianças que possam vir a nascer do recurso ao seu sémen. Reconhece-se a importância do princípio da verdade biológica e do direito de conhecimento da identidade genética²¹⁹, porém, na senda de João Carlos Loureiro, impõe-se uma “distinção entre *direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao estabelecimento da filiação* enquanto direito à conversão da filiação biológica em filiação jurídica”²²⁰, é dizer, “se o direito ao estabelecimento da paternidade e da maternidade pressupõe o conhecimento da identidade dos seus ascendentes, o inverso não é verdadeiro”²²¹. Sem embargo, em momento algum se fala em negar o direito ao conhecimento da identidade genética. Aliás, neste mesmo sentido decidiu o TC, no Acórdão n.º 225/2018, declarando inconstitucional a “obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas (...) com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões (...)” pois isso representaria “uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição

33

²¹⁵ Cf. Art. 42.º-A da LPMA. Esta norma refere-se a quem *participar* (itálico nosso) no ato de PMA, de forma que também creio que se esteja a referir à viúva e à equipa que realizou o procedimento. Isto pode suscitar a dúvida de, nos casos em que não tenha havido (ou não se consiga provar) esta intenção, se acaba apenas por se aplicar um possível dever de indemnização, não se efetivando a responsabilidade criminal.

²¹⁶ Cf. SILVA, Paula Martinho da Silva, COSTA, Marta (nota 27), 120.

²¹⁷ Cf. N.º 2, do art. 10.º da LPMA.

²¹⁸ Em respeito a estas exigências, e por força do art. 218.º do CC, o qual estabelece que o silêncio apenas vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído, não se pode presumir o consentimento nem atribuir

um sentido à sua ausência, pois, mesmo que o homem tivesse desejado crianças em vida, não é claro se este desejo não morreu com ele. Cf. BATZER, Frances R., HURWITZ, Joshua M., CAPLAN, Arthur (nota 204), 1265.

²¹⁹ Reconhecimento feito e exigido nos termos do n.º 4 do art. 23.º da LPMA. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, V. REIS, Rafael Luís Vale e – *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 116 e ss.

²²⁰ Cf. LOUREIRO, João Carlos (nota 5), 26.

²²¹ Cf. *Ibid.* De forma parecida, José de Oliveira Ascensão, explica que “o conhecimento da identidade não implica o estabelecimento de um vínculo de filiação jurídica” – Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira – *Procriação Assistida e Direito*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martinez*. Vol. I. Edições Almedina, 2000, 658.

da República Portuguesa”²²² e, porque se existisse anonimato estar-se-ia a deixar “uma reduzíssima margem de concretização ao *direito ao conhecimento das origens genéticas*”²²³. Conclui-se que, não havendo consentimento, se se prosseguir com a PMA, o regime a aplicar deve ser o da procriação com recurso a dádava de gâmetas, não havendo repercussões para a segurança jurídica. Esta é a solução que, a meu ver, trará mais coerência e segurança, tendo em consideração todos os interesses em causa²²⁴.

De modo a efetivar-se esta proposta, e inspirados na letra do n.º 2 do art. 15.º da LPMA, sugere-se que o n.º 2 do art. 23.º da LPMA passe a prever que, “se a inseminação *post mortem* ocorrer em violação do disposto nos artigos anteriores, a criança que vier a nascer, não poderá ser havida como filha do falecido, salvaguardando-se a possibilidade de, desde que possua idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do falecido, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 3 e 7”. Desta forma, biologicamente a criança que nascer sempre estará ligada ao progenitor²²⁵, contudo, será apenas isso, de modo a não existirem repercussões no plano sucessório²²⁶.

Resta-nos mencionar que o “consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”²²⁷, sendo que: no caso da mulher, exige-se que esta o possa revogar a todo o momento, inde-

pendentemente de já se terem iniciado os procedimentos (nomeadamente a extração dos óvulos e a formação do embrião), só devendo esta ser, por exemplo, inseminada, se, no exato momento da inseminação, o desejar²²⁸; no caso do homem, deverá entender-se o momento até ao qual o procedimento se torne irreversível, é dizer “o último acto adequado a despoletar, com autonomia, o curso da gravidez”²²⁹. O formalismo exigido para a revogação do consentimento é o mesmo do consentimento.

Diferente desta questão é a PMA *Post Mortem* que falhe um requisito formal²³⁰. Imagine-se que a viúva não consegue realizar a PMA na altura prevista, mas, ainda assim, prossegue e ultrapassam-se os três anos, resultando deste ato, em prazo extrapolado, uma gravidez que culmina em nascimento completo e com vida. Aqui, teria de existir a previsão do dever de indemnizar, porém, como o aspeto mais importante (o consentimento) existe, não se aplicaria responsabilidade criminal, mas meramente contraordenacional²³¹, aditando-se este caso ao elenco do n.º 1 do art. 44.º da LPMA.

Finalmente, aos projetos parentais prévios à presente lei em vista de uma PMA *Post Mortem*, serão admitidos se existir projeto parental claramente consentido e estabelecido, de forma livre e esclarecida. Perante a inexistência de documento nos termos do art. 22.º da LPMA, é admitido como meio de prova documento escrito do dador, registo em videograma da declaração deste ou declaração

²²² Cf. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 7 de maio, p. 97.

²²³ Cf. REIS, Rafael Luís Vale e (nota 219), 475.

²²⁴ Também, neste sentido, V. FISCHER, Karla Ferreira de Camargo – Inseminação Artificial *Post Mortem* e seus reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório, 12.

²²⁵ Também, neste sentido, V. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 118 e 119.

²²⁶ Cf. FISCHER, Karla Ferreira de Camargo (nota 224), 9.

²²⁷ Cf. N.º 4 do art. 14.º da LPMA.

²²⁸ Neste sentido, V. MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 92), 124. Se fosse obrigada a prosseguir, estaria a praticar-se um crime, nos termos do art. 168.º do Código Penal (CP).

²²⁹ Cf. RODRIGUES, João Vaz (nota 2), 136.

²³⁰ Semelhante à realização de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no art. 14.º da LPMA. Cf. Al. d) do n.º 1 do 44.º da LPMA.

²³¹ Propõe-se a determinação da filiação, atribuição dos respetivos efeitos, bem como dos efeitos sucessórios.

sob compromisso de honra do médico que acompanhou o processo que confirme a existência do consentimento. O prazo máximo para o início dos procedimentos contará apenas a partir da data de entrada em vigor da lei, a qual entrou em vigor no dia após o da publicação²³².

6. Conclusão

Face à necessidade de termos um Direito que se espelhe na atualidade, fruto dos constantes progressos, nas mais diversas áreas, a intervenção legislativa em sede de PMA era indispensável. A PMA *Post Mortem* nunca reunirá consenso, mesmo se, numa utopia, encontrássemos A solução perfeita, porém, tem de ser lícita, não só pela mudança de paradigma operada em 2016, mas ainda por força dos interesses e direitos que estão na base do Ser Humano, aqui em causa. No que concerne aos interesses em mãos, podemos afirmar que: a futura criança está, por fim, totalmente tutelada, sendo equiparada a uma criança que nascesse, ora por PMA realizada em vida, ora por procriação natural; e, os progenitores passam a ver a sua vontade ser respeitada, tanto a viúva que quis, continua a querer ter um filho do então falecido e pode, de facto, tê-lo, como o falecido, que quis, em vida e após a morte, que existisse um filho seu, o que agora se pode concretizar.

À parte dos problemas suscitados com base em critérios morais, religiosos e ideias pré-concebidas

sem justo fundamento, as (legítimas) preocupações existentes neste contexto, obtiveram a resposta que se afigurava necessária, desde as relativas à filiação, à sucessão, bem como o respeito pelo consentimento. Quanto a este último aspeto, reiterar-se a discordância relativamente à atual solução na ausência de consentimento do falecido, uma vez que estamos no âmbito da PMA, ambiente em que apenas a existência de consentimento permite a determinação da filiação e consequentes efeitos. Conquanto, se se realizar uma PMA na ausência de consentimento do falecido, de forma alguma este poderá ser havido como progenitor da futura criança, nascida em desrespeito do seu consentimento e da sua dignidade, devendo esta, para o Direito, ser uma criança nascida através de PMA com recurso a dádiva de gâmetas, porque, para todos os efeitos, foi isso que aconteceu. Por conseguinte, e em nome do Princípio da verdade biológica, deve, à data dos seus dezoito anos, se for essa a sua vontade, poder dirigir-se ao CNPMA, a fim de obter a identificação civil do pai biológico, ainda que, eventualmente, até já o saiba.

Por fim, acrescente-se, apenas, que por muitos desafios que algo possa trazer e por mais diferente que seja a maneira de cada um pensar, remetermos ao silêncio e ao comodismo das soluções vigentes, nunca resolverá o futuro, que está em constante mudança e exige resposta. Cabe-nos resolver a *vexata questio* ou, pelo menos, tentar, da melhor forma que soubermos.

²³² Cf. Arts. 5.º e 6.º da LPMA.

AS MEDIDAS DE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO DE EXECUÇÃO EM MEIO NATURAL DE VIDA DA CRIANÇA OU JOVEM EM PERIGO (*)

Cláudia Sofia Antunes Martins

Professora Auxiliar · Universidade da Beira Interiorl

Resumo: *No presente trabalho, procurar-se-á realizar uma breve análise às medidas de promoção e protecção, consagradas na Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, de execução em meio natural de vida da criança ou jovem, as quais, por não implicarem o seu afastamento do seu contexto familiar ou das pessoas com quem tenha relações de afecto securizantes, deverão ter aplicação preferente face às medidas executadas em regime de colocação, salvo se tal não for possível ou não corresponder ao melhor interesse da criança ou jovem.*

Palavras Chave: *crianças e jovens em perigo; medidas de promoção e protecção; prazos de duração das medidas de promoção e protecção; procedimento de execução das medidas de promoção e protecção;*

Abstract: *In the present work we will make a brief analysis of the promotion and protection measures, enshrined in the Law for the Promotion and Protection of Children and Youth in Danger, that are executed in the natural environment of the child or the juvenile that do not imply their removal from their family context, nor from the people with they have reassuring affectionate relationships, preferentially applied over the other placement measures, unless that would not be possible or not in the best interest of the child or juvenile.*

Keywords: *children and youth in danger; promotion and protection measures; duration of the promotion and protection measures; procedure for implementing promotion and protection measures;*

1. Introdução

O actual quadro legal de protecção da infância e juventude nacional foi introduzido, em 2001, pela Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo¹ (doravante designada de L.P.C.J.P.), visando, nos termos do seu art. 1.º, a promoção dos direitos e a protecção das crianças e jovens *em situação de perigo, com idade igual ou inferior a dezoito anos*², residentes ou localizados em território nacional, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral [arts. 2.º].

Este novo enquadramento legal apresenta como pedra de toque a ideia de que qualquer intervenção pública ou de cariz social junto de uma criança ou jovem em situação de perigo só será legítima quando assente em certos pressupostos legais e respeitando um conjunto de princípios³, pois o seu bem-estar e normal desenvolvimento da personalidade, assim como a promoção dos seus direitos, deve recair em primeira linha, sobre os seus progenitores e sua família alargada, evitando-se a ingerência de terceiros na vida da criança ou jovem e da sua família, sempre que no seu interior já exis-

¹ Aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

² Podendo a intervenção manter-se até aos vinte e um anos, se for solicitada pelo jovem, ou, até aos vinte cinco anos, se ainda decorrerem processos educativos ou de formação profissional, nos termos do art. 5.º, al. a), e art. 63.º, n.º 2, da L.P.C.J.P.

³ Arts. 2.º e 3.º e 4.º da L.P.C.J.P.

(*) Este artigo foi redigido seguindo a grafia anterior ao AO.

tam meios adequados para pôr cobro à situação de perigo sinalizada. Tal solução legal está enquadrada constitucionalmente, designadamente, no 36.º, n.ºs 5 e 6.º, da C.R.P., segundo o qual cabe aos pais o dever de educação e manutenção dos filhos, não podendo estes ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles, mediante decisão judicial, e ainda no art. 1878.º do C.C., que dispõe que é dever dos pais, no interesse dos filhos, velarem pela sua segurança, saúde, sustento e educação.

Nessa medida, qualquer intervenção externa junto da criança ou jovem em perigo passa a ser legítima na estrita medida em que os pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto da criança ou do jovem, com a sua acção ou omissão, coloque em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento ou não seja capaz de o remover de modo adequado, se o perigo resultar da actuação de terceiros ou da própria criança ou jovem [art. 3º]. Como salientava e bem PAULO GUERRA, o legislador pretendeu, desta forma, dar “acolhimento expresso ao conceito de perigo, o qual é mais restrito que o de risco, atribuindo apenas àquele a função legitimadora da intervenção de protecção (...), uma vez que nem todos os riscos para o desenvolvimento da criança são legitimadores da intervenção do Estado e da sociedade na sua vida e autonomia e na sua família. A intervenção fica, assim, limitada às situações de risco que ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou jovem”⁴.

Neste novo paradigma de protecção da infância e juventude, em tais situações, a promoção dos direitos e a protecção da criança e do jovem em perigo passa a recair, em primeiro plano, e em respeito

pelo disposto no art. 4º, als. e d) k), da L.P.C.J.P.⁵, sobre as entidades com competência em matéria de infância e juventude, como as escolas, associações e fundações locais com competência em tais matérias, I.P.S.S., hospitais, órgãos de polícia criminal, as quais, estando mais próximas da realidade da criança ou jovem, deverão, em concreto, sinalizar, avaliar e intervir em situações de perigo para crianças ou jovens, fazendo o respectivo acompanhamento da situação e registo sumário das diligências efectuadas e seus resultados, devendo ainda desenvolver e desenhar planos de acção local para a infância e juventude e de prevenção de situações de perigo [art. 7º].

A legitimidade de intervenção das referidas entidades cessa, porém, quando se verifique uma das seguintes situações: i) se não tiver sido adequada e suficiente para eliminar a situação de perigo [art. 8º]; ii) se se concluir ser necessário aplicar uma medida cautelar, por estar em causa uma situação de emergência, nos termos do art. 5º, al. c) da L.P.C.J.P, que dá origem a um procedimento judicial urgente, nos termos dos arts. 91º e 92º [art. 37º]; iii) se se concluir ser necessário aplicar uma das medidas de promoção e protecção previstas na lei [arts. 35º e 38º]; iv) se faltar o consentimento das pessoas indicadas no art. 9º, designadamente, dos progenitores da criança ou jovem (excepto se inibidos desse exercício, em parte incerta ou incontactáveis), do seu representante legal ou de quem tenha a sua guarda de facto; iv) ou se se verificar oposição da crian-

⁵ Consagra, assim, o art. 4º, al. d), da L.P.C.J.P., o *princípio da intervenção mínima*, segundo o qual a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja acção seja indispensável à efectiva promoção dos direitos e protecção da criança ou jovem; e, a al. k), do mesmo dispositivo, o *princípio da subsidiariedade*, segundo o qual a intervenção deve ser efectuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude, pelas comissões de protecção e, em última instância, pelos tribunais.

⁴ GUERRA, Paulo, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, 5 ed., Almedina, Coimbra, 2023, 31 e 32.

ça ou jovem com mais de doze anos, ou tendo idade inferior, se essa oposição for considerada relevante em função da capacidade revelada de compreender o sentido da intervenção [arts. 7.º, n.º 3, 8.º, 9.º e 10.º]⁶, sem prejuízo de continuarem a levar a cabo todas as diligências que lhes venham a ser solicitadas pelas entidades competentes [al. d), n.º 4 do art. 7.º].

Em tais situações, as entidades deverão sinalizar a situação às comissões de protecção, que constituem o segundo patamar da intervenção, impulsionando a abertura do competente processo administrativo de promoção e protecção com vista à aplicação, se necessário, de uma medida de promoção e protecção [art. 4.º, al. k), arts. 93.º e 97.º].

Excepcionalmente, a competência para intervir em tais situações passará directamente para as entidades judiciais, último patamar de intervenção, em harmonia com o princípio da subsidiariedade, vertido na al. k) do art. 4.º, da L.P.C.J.P., quando: i) esteja em causa uma situação de emergência, que justifique a abertura de um procedimento judicial urgente, nos termos dos arts. 91.º e 92.º ii) se não se verificar o consentimento e/ou não oposição das

pessoas necessárias para a intervenção [arts. 8.º, 9.º e 10.º]; iii) ou se concluir que se deverá aplicar, *in casu*, a medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção, prevista na referida al. g), do n.º 1, do art. 35.º da L.P.C.J.P., a qual apenas pode ser determinada judicialmente [arts. 38.º, e 21.º, n.º 1, al. f)]⁷; iv) ou se inexistir uma comissão de protecção na freguesia ou município da área de residência da criança ou jovem [art. 11.º, n.º 1, al. a)]. Fora estes casos, o processo aberto na comissão de protecção poderá vir ainda a ser remetido para o tribunal, se verificados alguma das situações expressamente enunciadas no art. 11.º da L.P.C.J.P.⁸

A figura híbrida das comissões de protecção é introduzida pela L.P.C.J.P., com vista a introduzir um modelo de intervenção junto das crianças e

⁷ Art. 36.º, n.º 6, da CRP: com a aplicação da citada medida, assente no pressuposto de que o futuro da criança passará pela adopção, ficam os seus progenitores automaticamente inibidos de exercer as suas responsabilidades parentais, ocorrendo ainda, com a formalização do referido vínculo adoptivo, uma quebra dos seus laços biológicos.

⁸ A competência da comissão de protecção poderá vir a cessar, posteriormente à abertura do processo administrativo de promoção e protecção, remetendo-o ao Ministério Público, num conjunto extenso de situações previstas pelos legislador: i) se viem a ser retirados os consentimentos exigidos por lei, ou se, quem tiver que prestar o seu consentimento, for indiciado pela prática de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual que vitimize a criança ou o jovem ou se for apresentada queixa contra ele por um desses crimes [arts. 11, n.º 1, al. a, c) e e), e 95.º]; ii) se passar a haver oposição da criança ou jovem, nos termos do art. 10.º [art. 11.º, n.º 1, al. e]; iii) se o acordo de promoção e protecção não for alcançado, vier a ser reiteradamente incumprido ou se se verificar incumprimento do qual que resulte situação de grave perigo para a criança [art. 11.º, n.º 1, al. c) e d)]; iv) se a comissão não obtiver a disponibilidade dos meios adequados para aplicar ou executar a medida adequada [art. 11.º, n.º 1, al. f)]; v) se tal for requerido pelos pais, representante legal ou por quem tiver a guarda de facto da criança ou jovem, já tendo decorridos seis meses após o conhecimento da situação pela comissão [art. 11.º, n.º 1, al. g)]; vi) se o Ministério Público considerar que a decisão da comissão é ilegal ou inadequada à promoção dos direitos ou protecção da criança ou jovem ou face à gravidade da situação ou atendendo à especial relação da criança com quem a provocou ou ao conhecimento de anterior incumprimento reiterado da medida por quem tinha que prestar o seu consentimento [art. 11.º, al. h), e n.º 2]; vii) se for determinado que o processo deve ser apensado a outro processo judicial [art. 11.º, n.º 1, al. i)]; viii) ou na sequência da aplicação de procedimento judicial urgente, previsto no art. 91.º [art. 11.º, n.º 1, al. j)].

⁶ Nos termos do disposto no art. 9.º da L.P.C.J.P., a legitimidade de intervenção quer das entidades com competência em matéria de infância e juventude, quer das comissões, depende de a mesma ser consentida, por escrito, por um conjunto de pessoas expressamente indicado na lei, designadamente, por: a) ambos os progenitores que tenham a titularidade das responsabilidades parentais, ainda que só um deles as exerça, salvo se algum deles estiver inibido desse exercício ou se encontrar ausente ou incontactável (nesse caso, basta o consentimento do outro progenitor); b) do tutor, se tiver sido instituída a tutela; c) de quem tiver a guarda de facto da criança ou jovem, ou a sua guarda, nos termos dos arts. 1907 e 1918 do C.C., se este estiver confiado à guarda de terceiro, para além do dos seu pais (salvo se inibidos ou incontactáveis, sendo suficiente o consentimento do seu guardião para dar início à intervenção); d) e de quem tiver apadrinhado a criança ou jovem., se tiver sido instituído o vínculo do apadrinhamento civil. Simultaneamente, se a criança ou jovem tiver mais de doze anos, é necessário ainda a sua não oposição à intervenção; tendo idade inferior, a sua oposição será considerada relevante em função da sua capacidade de compreender o sentido da intervenção, de acordo cm o art. 10.º da L.P.C.J.P. Nesse sentido, concordamos com Paulo GUERRA, (nota 5), 62, quando refere que “poderá a lei não exigir uma posição da criança por escrito mas ela será sempre aconselhável e útil”.

sua família distinto do modelo clássico judicial. As comissões surgem com autonomia funcional, composição multidisciplinar, e com competência para apreciar qualquer situação de perigo e intervir, aplicando uma medida de promoção e protecção [com excepção da enunciada na al. g) do n.º 1 do art. 35.º⁹] mais adequada ao caso, assente, uma vez mais, numa plataforma de consenso.

Contrariamente ao que sucedia no anterior regime legal da O.T.M., onde encontrávamos uma cláusula meramente exemplificativa das medidas de protecção e educação que podiam ser aplicadas às crianças e jovens em perigo, no actual regime da L.P.C.J.P., o legislador optou por consagrar o princípio da tipicidade: a entidade decisora apenas pode aplicar uma das medidas expressamente indicadas na lei e respeitando a ordem de preferência nela fixada⁹.

Tais medidas surgem enunciadas, no art. 35.º da L.P.C.J.P., encontrando-se escalonadas em função do seu impacto na vida da criança ou do jovem e de poderem ser executadas, ou não, no seu meio natural de vida.

Entre as medidas a cumprir no meio natural de vida da criança ou do jovem, surgem:

- a) o Apoio junto dos pais;
- b) o Apoio junto de outro familiar;
- c) a Confiança a pessoa idónea;
- d) o Apoio para autonomia de vida.

Estas medidas foram objecto de regulamentação, em 2008, com a publicação do Dec-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro¹⁰.

⁹ Nesse sentido se pronuncia o Tribunal da Relação de Coimbra, em Ac. de 18/09/2012 (Proc n.º 975/06.6TBCBR-F.C1), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 23 de Julho de 2023, quando refere que “o artigo 35.º da Lei n.º 147/99, de 1.9, deve ser lido de modo integrado, alternativo e no sentido crescente de gravidade (...)”.

¹⁰ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 108/2009, de 14 de Setembro, pelo Dec.-Lei n.º 63/2010, de 9 de Junho e pelo Dec.-Lei n.º

E, entre as medidas de colocação, que pressupõem um corte com o seu meio natural de vida, encontramos:

- e) o Acolhimento familiar; e
- f) o Acolhimento residencial.

A medida de Acolhimento familiar encontra-se, actualmente, regulamentada pelo Dec.-Lei n.º 139/2019, de 16 de Junho (que revogou o anterior Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, com excepção do seu n.º 1, do artigo 44.º-A, e dos ns.º 1 e 3 do art. 44.º-B); já a medida de Acolhimento residencial passou finalmente, em 2019, a ter regulamentação própria, com a entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 164/2019, de 25 de Outubro, aguardando ainda uma Portaria regulamentadora.

Quanto à medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção, o legislador, em 2015, veio clarificar, no corpo do art. 35.º, n.º 3, da L.P.C.J.P., que a referida medida seria classificada de medida a executar no meio natural de vida, quando a confiança fosse atribuída a *pessoa seleccionada para adopção*, e como medida de colocação, quando a confiança fosse conferida a *família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção*. Temos, contudo, alguma dificuldade em concordar com a opção do legislador, não nos parecendo que, no primeiro caso, a medida possa ser considerada de execução em meio natural de vida, já que a mesma pressupõe, com a confiança da criança a um candidato a adoptante, um corte com a sua família biológica, amigos e demais pessoas de referência afectiva da criança ou jovem, de acordo com o art. 62.º-A-, n.º6, da L.P.C.J.P. (salvo no que se refere aos irmãos, nos casos devidamente justificados [n.º 7, do art. 62.º-A], ao contrário do que acontece

139/2019, de 16 de setembro.

com a aplicação das demais medidas de execução em meio natural de vida, consagradas nas als. a) a d) do n.º 1 do art. 35.º da L.P.C.J.P.

No momento de seleccionar a medida a aplicar a um caso em concreto, a entidade decisora deve atender e respeitar a supradita ordem, dando prevalência a uma medida que evite a separação da criança ou do jovem dos seus pais, do seu núcleo familiar ou das pessoas com aquele tenha estabelecido relações de afecto significativas de qualidade, salvo se tal for contrário ao seu superior interesse, ou que o integre em contexto familiar; devendo ainda perceber o acolhimento residencial como medida de último recurso [art. 4.º, als. g) e h)]¹¹.

Tal não significa que, em determinados casos, a medida de Acolhimento residencial não possa ser, de facto, a melhor solução para criança ou jovem, sobretudo quando estão esgotadas todas as tentativas de apoio e recuperação dos seus progenitores (não havendo mais pessoas a quem possa ser confiado, nem estando aquele em processo de autonomização), não se encontrando, todavia, verificados os pressupostos para que, naquele momento, seja possível a aplicação da medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção, pressupostos vertidos no art. 1978.º do CC¹².

¹¹ Princípio 46 dos *Princípios orientadores de Riade* e arts. 5.º, 7.º, 9.º, e 27.º da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

¹² Estabelece o n.º 1 do art. 1978.º do C.C. que: “*O tribunal, no âmbito de um processo de promoção e protecção, pode confiar a criança com vista a futura adopção, quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de qualquer das seguintes situações: a) se a criança for filha de pais incógnitos ou falecidos, b) se tiver havido consentimento prévio para adopção; se os pais tiverem abandonado a criança; d) se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança; e) se os pais da criança acolhida por um particular, por uma instituição ou por uma família de acolhimento tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos*

Como se salientava no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/10/2020 (Proc. n.º ECLI:PT:STJ:2020:634.09.8TBPVZ.B.P1.S1.D4), “quando se frustram as tentativas de aplicação de medidas no meio natural de vida da criança ou do jovem, torna-se necessária a aplicação de uma medida distinta/alternativa a esta. Acarretando a medida de acolhimento residencial, expressamente prevista no artigo 35.º, n.º 1, al. f), da LPCJP, um certo sacrifício para o interesse da família, mas sendo o rigor da medida atenuado com a autorização das visitas e dos contactos entre o jovem e a sua mãe, e, sobretudo, com a limitação da medida no tempo e sua susceptibilidade de revisão a curto prazo, não há dúvidas de que ela respeita os princípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e da actualidade impostos no art. 4.º, al. e) da LPCJP”, revelando-se a mais adequada no caso para ser aplicada¹³.

Por outro lado, deve salientar-se que, não obstante, a citada medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adopção surja elencada em último lugar, isto é, após as medidas de Acolhimento familiar e Acolhimento residencial, ela terá, todavia, aplicação prevalecente relativamente a estas duas sempre que, no caso em apreço, a entidade decisora conclua pela impossibilidade de aplicação de uma medida de promoção de protecção de execução no seu meio natural de vida, referidas nas als. a) a d), do n.º 1, do art. 35.º da L.P.C.J.P., em harmonia com o princípio da *Prevalência da família*, vertido na al. h) do art. 4.º da L.P.C.J.P.

de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança”.

¹³ E ainda o Acórdão da Relação do Porto, de 7/03/2022 (Proc. n.º 604/11.6TMMTS-B.P1), todos disponíveis em www.dgsi.pt, visitado a 02 de Julho de 2023.

estando verificados os requisitos necessários para a criança ou jovem poder ser confiado para adopção. Como esclarece BEATRIZ MARQUES BORGES¹⁴, essa medida só surge referenciada em último lugar por se tratar de uma medida de “rotura com a família biológica, já que, mesmo nos termos da Convenção Sobre os Direitos da Criança e da CRP vigente, nada justifica que seja dado encaminhamento preferencial ou prevalente à medida de acolhimento em instituição (...)”¹⁵.

As medidas de promoção e protecção são adoptadas, preferencialmente, por decisão negociada, assente numa plataforma de consenso¹⁶, que integra o acordo de promoção e protecção, e só quando este não tenha sido possível alcançar, é que serão fixadas por decisão judicial [arts. 21.º, al. f), 36.º, 113.º e 121.º].

Por seu turno, as citadas medidas deverão durar o tempo estritamente necessário a pôr fim à situação de perigo a que se encontre exposta uma criança ou jovem e a estabilizar a sua situação jurídica, não obstante a medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimen-

to ou a instituição com vista à adopção, possa durar até ser decretada a adopção, mesmo que os referidos indicadores de perigo já não existam para a vida da criança ou jovem [art. 62.º-A, n.º 1].

Com efeito, optou o legislador por sujeitar apenas as medidas de execução em meio natural de vida da criança, previstas nas als. a) a d), do n.º 1, do art. 35º da L.P.C.J.P., a prazos máximos de durabilidade, ao contrário do regime legal que fixou em matéria de medidas de colocação e também quanto à medida de *Confiança a pessoa seleccionada para adopção*, incluída na primeira parte, da al. g), do n.º 1, do art. 35º, da L.P.C.J.P. (que, como vimos anteriormente, o legislador incluiu no rol de medidas de execução em meio natural e vida da criança ou jovem, opção essa de que nós discordamos).

Assim, as referidas medidas de execução em meio natural de vida terão a duração estabelecida no acordo ou na decisão judicial, não podendo, contudo, ter uma duração superior a um ano, prorrogável até aos dezoito meses, se o interesse da criança ou jovem o aconselhar, com excepção da medida de Apoio para a autonomia de vida, a qual poderá ser prorrogada até o jovem completar os vinte e cinco anos, se estiver ainda a desenvolver os seus estudos ou o seu processo formativo e a defesa do seu superior interesse o impuser [arts. 60.º¹⁷].

Por outro lado, todas as medidas estão sujeitas a revisão, salvo a medida consagrada na al. g) do n.º 1 do art. 35º da L.P.C.J.P.¹⁸, sempre que termine o prazo de duração fixado no acordo ou na decisão judicial, sempre que ocorra algum facto que o

¹⁴ BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de Crianças e Jovens em perigo. Comentários e Anotações à Lei nº 147/99, de 1 de Setembro*, Almedina, Coimbra, 2011, 143-144 e 150-151.

¹⁵ Como se refere no Ac. da Relação de Lisboa de 13/04/2023: “A institucionalização de uma criança não é uma situação normal; é uma solução que visa acorrer a uma situação de perigo, mas que não pode prolongar-se sob pena de essa institucionalização se tornar, ela própria, um perigo para o desenvolvimento da criança, devendo sempre ser uma solução transitória (...) Inviabilizada qualquer outra solução no âmbito da família biológica, a protecção da menor não pode continuar indefinidamente centrada na ideia de recuperação da família biológica. Verificando-se que, passados 3 anos desde a institucionalização, continuam a não existir condições para a menor usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, mesmo alargada, a adopção é a única resposta adequada ao superior interesse da menor.

¹⁶ O acordo pressupõe o consentimento por escrito de todos os intervenientes, designadamente, os titulares das responsabilidades parentais, a criança ou jovem com idade igual ou superior a doze anos e o presidente da comissão, se o processo for administrativo, ou o juiz e Ministério Público se tiver carácter judicial. No acordo devem constar as cláusulas, enunciadas nos arts. 55.º, 56.º e 57.º da L.P.C.J.P., sob pena de aquele poder ser anulado, o qual, por sua vez, deve ser incorporado no processo de promoção e protecção.

¹⁷ Com a redacção introduzida pela Lei nº 23/2017, de 23 de Maio.

¹⁸ A medida de Confiança a pessoa seleccionada para a adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a adopção poderá, excepcionalmente, ser revista, nos casos em que a sua execução se revele manifestamente inviável, designadamente, quando a criança atinja a idade limite para a adopção sem que o projecto adoptivo tenha sido concretizado, de acordo com o art. 62º-A, nº2, da L.P.C.J.P.

justifique, ou decorrido um período de seis meses [arts. 62º e 62º-A].

Com a fixação de tais limites temporais, como sublinha ROSA CLEMENTE, visou-se alcançar três objectivos fundamentais: evitar que as crianças aguardem indefinidamente que a situação das suas famílias se altere; limitar a ingerência de terceiros, para além do razoável, na vida de cada criança ou jovem e das suas famílias; e evitar a eventual acomodação a soluções de eficácia muito reduzida em termos estruturantes na vida da criança e do jovem¹⁹. Nesse sentido, já tem sido defendido por parte da jurisprudência portuguesa que, uma vez ultrapassado o referido prazo máximo de duração da medida, a mesma não poderá ser prorrogada, devendo ser declarada cessada, sem prejuízo de uma nova análise com vista à aplicação de outra medida de promoção e protecção. Como se referia, no Acórdão da Relação de Coimbra, de 15/01/2019 (Proc. n.º 827/15.9T8CBR-D.C1): “o legislador fixou, como regra, a existência de um prazo máximo de aplicação das medidas de promoção e protecção, findo o qual, cessa a aplicação das mesmas, o que não pode ser postergado pela natureza de jurisdição voluntária do processo em causa, determinada na mesma lei que fixa tal prazo e que, reitera-se, o mesmo legislador fixou excepções. Pelo que, face ao exposto, não pode subsistir a decisão recorrida, impondo-se a cessação da medida aplicada”; e ainda no Ac. do S.T.J. de 23/07/2021 (ECLI:PT:STJ:2021:2943.20.6T8CBR.A.S1.AE), e no Ac. da Relação e Lisboa de 14/07/2022 (Proc. n.º 1412/20.9T8FNC-C.L1-2)²⁰.

¹⁹ CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores. A Perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 81.

²⁰ Todos disponíveis em www.dgsi.pt, visitado a 2 de Julho de 2023.

Todavia, é nosso entendimento que, em casos devidamente justificados, poderá justificar-se a prorrogação da medida para além do prazo máximo consagrado na lei, se tal for a solução que melhor respeita os interesses da criança. Sem deixar de concordar com os argumentos anteriormente expostos que justificam a necessidade de o legislador ter fixado prazos máximos às medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança ou jovem, as quais não se deverão eternizar, em prejuízo do direito da criança a ter alguma estabilidade e segurança no decorrer da sua vida, e, se é verdade que, em via de regra, o prazo de um ano e meio é razoável para se poder concluir se os apoios prestados tiveram resultados positivos, parece-nos, ainda assim, que a realidade do dia-a-dia é sempre mais rica, com áreas cinzentas não previstas pelo legislador que poderão motivar a prorrogação da medida para além do seu prazo máximo legal.

Imaginemos um caso em que tenha sido aplicada a medida de apoio junto dos pais e que, perante a factualidade reunida nos autos, não se justifica a retirada da criança do seu lar mas as equipas técnicas de acompanhamento entendem que, apesar dos esforços revelados pelos progenitores, ainda há necessidade de prolongar o acompanhamento, prevendo-se, através de um juízo de prognose, que tal apoio produzirá efeitos positivos. Em tais casos, não compreendemos como se poderá determinar a cessação imediata da medida, se não for a melhor solução para o caso em concreto em análise, não se descortinando outra medida que pudesse ser mais adequada, não estando, contudo, completamente extinta a situação de perigo que motivara a intervenção.

Concordamos, assim, com o decidido no Ac. da Relação do Porto de 4/05/20022 (Proc. n.º

155/14.7TBLSD-G.P1)²¹, onde se refere que ao “prever-se no art. 100º da LPCJP que o processo judicial de promoção e protecção é de jurisdição voluntária e que, por via desta natureza de jurisdição, o tribunal, nas providências a tomar, não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (art. 987º do CPC), permite-se, por tal via, a possibilidade de o tribunal poder prescindir de se mover dentro do prazo limite de prorrogação da medida de apoio, no art. 60, nº2 da LPCJP, se considerar que tal se mostra, designadamente, adequado e proporcionado ao superior interesse da criança e à situação de perigo em que esta se encontra”.

Por outro lado, tenha-se em atenção, que à luz do art. 37º da L.P.C.J.P., as medidas de promoção e protecção poderão ser aplicadas de forma cautelar, com excepção da enunciada na al. g), do nº 1, do art. 35º da L.P.C.J.P., em duas situações particulares: a) quando ocorra uma situação de emergência, ou seja, de perigo actual ou iminente para a vida ou de greve comprometimento da integridade física ou psíquica de uma criança ou jovem (na ausência de consentimento dos detentores das responsabilidades parentais ou de quem tenha a sua guarda de facto), no decurso de um procedimento judicial urgente²² [arts. 5º, c), 91º e 92º]; b) ou enquanto a entidade decisora procede ao *diagnóstico da situação*, não possuindo ainda elementos suficientes para poder proferir uma decisão definitiva [arts 37º, nsº

1 e 2]²³. Tendo sido aplicadas no decurso de uma situação de emergência, não dependem da prévia observância do contraditório, o qual é assegurado posteriormente à aplicação da medida²⁴.

Determinou ainda o legislador que as medidas provisórias, aplicadas de forma cautelar, deverão ter a duração máxima de seis meses, revistas no prazo de três meses [art. 37º da L.P.C.J.P.], acrescentando, todavia, no art. 62º, n.º 1, da L.P.C.J.P., que todas as as medidas, em qualquer caso, deverão ser *obrigatoriamente revistas decorrido o período de seis meses, sem prejuízo do disposto no art. 37º*. Ora, dada a contradição aparente entre os citados preceitos legais, a doutrina foi apresentando distintas interpretações quanto à sua articulação.

Para uma certa corrente doutrinal, em que se inclui PAULO GUERRA²⁵ e TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO²⁶, o prazo de seis meses de duração das

²³ Para BORGES, Beatriz Marques (nota 15), 139-140, as medidas provisórias só deveriam ser aplicadas para afastar a criança ou o jovem do perigo em que se encontre, nos termos da al. a) do art. 34º da L.P.C.J.P., e já não para proporcionar o seu desenvolvimento integral ou garantir a sua recuperação física e psicológica [als. b) e c) do art. 34º.], “pois tais medidas pressupõem um estudo definitivo da situação da criança/jovem e do adequado projecto de vida para solucionar, definitivamente, o futuro desenvolvimento da criança/jovem”.

²⁴ Este entendimento é seguido no Ac. da Relação de Lisboa, de 09/02/201 (Proc. n.º 2609/09.8TBVFX-A.L1-10), o qual esclarece que, nas situações de emergência, a “urgência perspectivada pelo tribunal a quo na realização e salvaguarda dos interesses da criança, face ao risco de perda da eficácia da decisão que veio a proferir, inviabilizou a prévia audição dos progenitores daquela e determinou a imediata prolação da decisão recorrida, na qual se aplicou a favor da criança a medida provisória de apoio junto da avó paterna. Em casos com estes contornos, à semelhança do que por vezes ocorre com os procedimentos cautelares previstos no CPC, o direito de defesa é assegurado à posteriori. É que a demora na decisão poderia redundar em prejuízo da criança, não acautelando os seus interesses. Numa situação deste tipo, o contraditório só após a notificação da decisão tomada poderá ser exercido (...)”. Ac. disponível em www.dgsi.pt, visitado a 12 de Junho de 2023.

²⁵ GUERRA, Paulo, (nota 5), 123-124; e BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A criança e a família – Uma questão de Direitos, Visão prática dos princípios do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 74.

²⁶ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e comentada*, Quid Iuris, Lisboa, 2019, 65-66.

²¹ Disponível em www.dgsi.pt, visitado a 02 de Julho de 2023. Com sentido idêntico atente-se no Ac. da Relação do Porto de 6/03/2012 (Proc. n.º 43/09.9TBCPV-A.P1), também disponível em www.dgsi.pt, visitado a 02 de Julho de 2023.

²² Veja-se, nesse sentido, o Ac.do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/01/2013 (Proc. n.º 811/12.4TMCBR-A.C1), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 2 de Julho de 2023.

medidas provisórias tem natureza meramente indicativa: o legislador fixou o referido limite temporal apenas porque o considerou suficiente, em abstracto, para se poder proceder à análise da situação de emergência, designadamente à recolha da necessária informação sobre o circunstancialismo da criança ou jovem e do seu agregado familiar, o que, não obsta, porém, a que, em determinados casos justificados, não possa ser ultrapassado, por exemplo, em situações de urgência (não faria sentido, que por razões meramente formais, a medida fosse extinta e a criança fosse colocada na exacta situação de perigo que motivara a intervenção). Recorde-se, nesse sentido, as palavras de PAULO GUERRA, “este prazo de duração máxima continua a ser meramente indicativo, sendo certo que o seu decurso não pode ter como consequência a extinção da medida, nem a sua caducidade, devendo antes ser devidamente fundamentada a razão da sua prorrogação (...)”, tendo sido esse o entendimento adoptado no Ac. da Relação de Lisboa, de 27/01/2009 (Proc. n.º Processo n.º 10110/2008-1)²⁷, “importa ainda ter presente que estamos no âmbito de um processo de jurisdição voluntária (art. 100.º da LPCJP) e por isso, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita (...) portanto, a medida provisória pode ser prorrogada desde que se mantenha a situação de perigo e não haja ainda possibilidade de aplicar uma medida definitiva por ainda não estar feito o diagnóstico da situação da criança ou do jovem e a definição do seu encaminhamento subsequente”; e, no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/07/2019: “ não é imperativo o prazo de 6 meses fixado no art. 37.º, nº3 da LPCJP para a duração das medidas provisórias; é um prazo indicativo, no sentido de que, embora um objectivo de

celeridade a alcançar, pode, em casos devidamente justificados, ser ultrapassado. Esta celeridade não é um valor absoluto em si, em termos de poder sobrelevar, prejudicando o interesse superior da criança, primeiro dos princípios orientadores da intervenção para promoção de direitos e protecção da criança e do jovem em perigo – art 4.º, alínea a) da LPCJP”, e ainda os Ac. da Relação de Lisboa, de 10/02/2022 (Proc. n.º [415/16.2T8FNC-J.L1-2](#)), de 6/06/2019 (Proc. n.º 3573/14.7T8FNC-C.L1-6) , de 9/05/2013²⁸ (Proc. n.º Processo n.º 1487/10.9TMSLB-F.L1-2), e o Acórdão da Relação de Coimbra de 11/10/2022 (Proc. n.º 685/15.3T8CBR-I.C1)²⁹.

Diversamente, para outra corrente doutrinal, pugnada por BEATRIZ MARQUES BORGES³⁰, findos os seis meses, a medida provisória apenas poderá ser revista, exclusivamente: a) para ser declarada cessada; b) convertida numa medida definitiva; c) ou, tratando-se de uma medida a executar no meio natural de vida, se, com a sua revisão, ela mudar a sua natureza, passando o projecto de vida da criança pela sua adopção, situação excepcional em que já poderá ser prorrogada. Segundo a citada autora, é totalmente inaceitável a adopção de qualquer uma das duas possíveis soluções alternativas: “substituição de uma medida provisória, ao fim de seis meses, por outra medida provisória, ou, então, a prorrogação da medida provisória inicialmente aplicada (...) não só em face da natureza intrínseca das próprias medidas provisórias, necessariamente

²⁷ Disponível em [www.dgsi.pt](#), visitado a 02 de Julho de 2023.

²⁸ Referia, assim, o citado Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/05/2013, disponível em [www.dgsi.pt](#), visitado a 02 de Julho de 2023, como “as medidas provisórias aplicadas ao abrigo do art. 37.º da LPCJP podem ser prorrogadas, para além do prazo de 6 meses, enquanto se procede ao diagnóstico da situação da criança e à definição do seu encaminhamento subsequente, mas não o devem ser de modo a tornarem-se, na prática, definitivas, ou de modo a prejudicar vias alternativas de solução”.

²⁹ Disponíveis em [www.dgsi.pt](#), visitado a 12 de Junho de 2023.

³⁰ BORGES, Beatriz Marques (nota 15), 163-166 e 226.

precárias, mas por que as medidas se projectariam, transitoriamente, por um prazo tão dilatado”. Esta posição foi parcialmente adoptada no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1/07/2004 (Proc. n.º 1663/04-2)³¹, onde se salientou que a medida provisória não pode “em situação alguma exceder o prazo de 6 meses, cessando *ipso lege*, quando não tenha, entretanto, sido fixada uma medida de carácter definitivo”.

Seguimos, contudo, a primeira orientação, na medida em que uma efectiva protecção da criança ou do jovem pode impor, em certas situações específicas, como anteriormente exposto, a necessidade de, também nestes casos, a medida provisória se manter para além dos seis meses, mediante despacho devidamente fundamentado, sob pena de se poder colocar a criança na mesma situação de perigo que se procurou pôr fim com a intervenção protectora, devendo, por isso, o citado prazo, referido no art. 37.º da L.P.C.J.P., ser compreendido como tendo natureza meramente indicativa. Todavia, tal entendimento não significa que, com a prorrogação da referida medida para além dos seis meses, esta possa tornar-se, na prática, definitiva, nem que se deva parar de procurar soluções alternativas mais estáveis para a criança.

Por último, quanto aos efeitos jurídicos produzidos pelas medidas de promoção e protecção, verificamos que, se com a aplicação de uma das medidas de Apoio junto de outro familiar, de Confiança a pessoa idónea, de Apoio para a autonomia de vida; de Acolhimento familiar ou de Acolhimento residencial, tem lugar apenas uma mera limitação do exercício das responsabilidades parentais (como dispõe o art. 1919.º do C.C., em tais situações os pais conservam o exercício das responsabilidades

parentais em tudo o que com ela se não mostre irreconciliável), com a determinação da medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção, os pais da criança ou jovem ficam automaticamente inibidos, de pleno direito, do exercício das suas responsabilidades parentais [art. 1978.º-A do C.C.]. Nesse caso, deverá nomear-se um curador provisório à criança, que exercerá tais funções até ser decretada a adopção [art. 62.º-A, n.º 3, da L.P.C.J.P.], cessando, igualmente, as visitas por parte da família natural biológica ou adoptante, salvo contactos entre irmãos, nos casos devidamente justificados [art. 62.º-A, nsº 6 e 7 da L.P.C.J.P.]. Paralelamente, deverá o órgão judicial comunicar a situação à Conservatória do Registo Civil [arts. 69.º, n.º 1, al. h), 78.º e 88.º, n.º 7, do Cód. Reg. Pred.].

De seguida, proceder-se-á a uma breve análise das medidas de promoção e protecção a de execução em meio natural e vida da criança ou jovem (com excepção da medida de Confiança a pessoa seleccionada para adopção que, como vimos anteriormente, não incluímos nesse rol), com vista a compreender o seu conceito, finalidade e respectivo procedimento com vista à sua execução.

2. A medida de Apoio junto dos pais

2.1. Noção

A medida de Apoio junto dos pais visa conceder às crianças ou jovens sinalizados em situação de perigo que residam com o(s) seu(s) progenitor(es), titulares das suas responsabilidades parentais, ou, quando tal não aconteça, ao seu representante legal com quem vive ou que tenha a sua guarda de facto, auxílio de *natureza psicopedagógica, social e económico*, na medida em que a entidade decisora conclua que essa situação de perigo possa ser eliminada em con-

³¹ Disponível em www.dgsi.pt, visitado a 12 de Junho de 2023.

texto familiar, sem os afastar do seu lar [art. 39.º].

Tenha-se, assim, em atenção, por um lado, que o conceito de *pais* supra referido deve ser interpretado de forma extensiva, abrangendo o representante legal, mesmo que não seja progenitor, ou o guardião de facto [art. 42º] e, por outro, que a medida poderá abranger todo o agregado familiar, incluindo familiares dos pais e todos os que vivam em economia comum com a criança ou jovem³².

Trata-se de uma medida de promoção e protecção que assenta nos princípios constitucionais que protegem a família e impedem que os filhos sejam afastados dos seus pais, salvo quando não cumpram com as suas responsabilidades parentais, se for essa a decisão que melhor atende ao superior interesse da criança ou jovem, e mediante decisão judicial [art. 36.º, n.ºs 5 e 6, da C.R.P.]; e, ainda, nas disposições vertidas em instrumentos europeus e internacionais que vinculam Portugal, ao abrigo do art. 8º da CRC, como o art. 9º, da Convenção dos Direitos da Criança (onde se declara que “os Estados Parte garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem (...) que essa separação é necessária no interesse superior da criança”), e o art. 24º, nº3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (onde se explica que “Todas as crianças têm direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses”)³³.

Quanto ao conteúdo desses apoios, veio o legislador clarificar no Dec.-Lei nº 12/2008, de 17 de Janeiro, que o apoio de natureza *psicopedagógica*³⁴

tem por objectivo concreto a promoção e construção de interacções positivas entre os membros do agregado familiar da criança ou jovem, orientando-o nas suas atitudes para com a criança ou jovem, identificando necessidades 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*³⁵, por seu turno, visa, utilizando recursos comunitários, especificamente, a criação de condições para a prestação de cuidados adequados de alimentação, higiene, saúde, segurança, educação e bem-estar; a aquisição de competências pessoais, sociais e profissionais; a prestação de informação e aconselhamento; e a 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*³⁶, tão importante para tantas famílias, consubstancia-se na atribuição de uma prestação pecuniária, pelos serviços da segurança social, ao agregado familiar com quem a criança ou jovem reside, incluindo esse agregado, como já referimos, o “conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo tecto, dependendo economicamente dos seus rendimentos globais”³⁷ [art. 42.º].

³² Art. 4º, al. a) do Dec.-Lei nº 12/2008, de 17 de Janeiro.

³³ Em igual sentido, veja-se o Ac. da Relação do Porto de 25/01/2022 (Proc. n.º 224/19.7T8OBR-A.P1), e de 24/03/2015 (Proc. n.º 161/13.9TBOAZ.P1), disponíveis em www.dgsi.pt, visitado a 02 de Julho de 2023.

³⁴ Art. 11.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

³⁵ Art. 12.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

³⁶ Art. 13.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

³⁷ Sublinhava ainda BORGES, Beatriz Marques (nota 15), 179, que o apoio económico deve ser pago pelos serviços da segurança social do lugar

2.2. Finalidade

Esta medida de promoção e protecção é orientada no sentido do reforço ou aquisição por parte dos progenitores “*das competências para o exercício da função parental adequadas à superação da situação de perigo e suas consequências e à conveniente satisfação das necessidades de protecção e promoção da criança*”³⁸.

A execução da medida deve ser personalizada em função das características particulares de cada situação, tendo em conta, designadamente: a concreta situação de perigo que determinou a sua aplicação; o nível das competências parentais; a capacidade dos pais, representante legal ou guardião de facto para remover qualquer situação de perigo; a ausência de comportamentos que afectem a segurança ou o equilíbrio emocional da criança ou do jovem; e a sua disponibilidade para colaborar nas acções constantes do plano de intervenção³⁹.

2.3. Procedimento de execução da medida

Os actos materiais de execução desta medida de promoção e protecção recaem sobre os serviços distritais da segurança social ou sob a alçada da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, podendo ainda os referidos serviços delegar tais funções em instituições particulares com quem celebrem acordos de cooperação ou a instituições promotoras de projectos ou programas de desenvolvimento social⁴⁰.

Caberá a estas entidades de enquadramento,

onde reside o agregado familiar, no momento em que este é decidido, “pelo que é indiferente que a criança ou o jovem passe a residir em país estrangeiro (...)”.

³⁸ Art. 16.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, e art. 18.º da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

³⁹ Art. 16.º, n.º 4, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁴⁰ Art. 6.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro. As instituições particulares que pretendam assegurar a execução das medidas, mediante acordos de cooperação com os serviços distritais da segurança social, devem dispor cumulativamente de: “a) *equipas técnicas pluridisciplinares; b) experiência de intervenção comunitária, centrada na família e na comunidade; c) experiência e disponibilidade para a intervenção no âmbito das medidas a executar em meio natural de vida*”.

de uma forma geral, não só garantir a elaboração e o cumprimento do plano de intervenção, como prestar ao agregado familiar da criança o apoio económico que seja devido. Deverá igualmente promover o acesso a programas de formação parental, dar conhecimento à comissão ou tribunal dos elementos necessários à avaliação da execução da medida aplicada, nos prazos previstos ou sempre que se justifique e proceder anualmente à respectiva avaliação da execução das medidas em meio natural de vida, no âmbito da sua intervenção⁴¹.

Cada entidade de execução deverá ter uma equipa técnica, multidisciplinar, constituída por profissionais com experiência nos domínios da capacitação das famílias e do desenvolvimento integral da criança ou do jovem. A sua composição deverá ser dimensionada em função das necessidades e recursos existentes (tendo em conta, nomeadamente, a exigência de acompanhamento individualizado da criança ou jovem e do respectivo agregado familiar), devendo ser escolhido, entre os seus elementos, um coordenador de caso para acompanhar cada criança ou jovem, interlocutor privilegiado que deverá actuar junto deste e da sua família⁴².

Por outro lado, a execução da medida deverá compreender quatro fases: a) preparação da criança e dos pais; b) acompanhamento e monitorização do plano de intervenção; c) avaliação de eventual revisão da medida; d) e cessação da medida⁴³.

2.3.1. Preparação da criança e dos pais

Numa primeira fase, compete à equipa técnica da entidade de enquadramento *elaborar o plano*

⁴¹ Art. 14.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁴² Art. 15.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁴³ Art. 8.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

de intervenção (em harmonia com o estabelecido em acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial), com a *participação dos pais, da criança ou jovem*, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, e ainda do *respectivo agregado familiar*. Nessa medida, na operacionalização do plano, deverão as referidas entidades ter em conta a necessidade de contacto directo e continuado da criança ou jovem com o respectivo agregado⁴⁴.

Incumbe igualmente à equipa técnica informar e preparar a criança ou jovem (de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção) e os seus pais para as fases de execução da medida, seus objectivos e os seus direitos e deveres ao longo desse processo⁴⁵.

⁴⁴ Art. 7.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁴⁵ Art. 14.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro. Coube ao Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, enunciar o conjunto de direitos e deveres que deverão ser explicados e assegurados a todos os intervenientes no processo, entre os artigos 22.º e 23.º. Nesse sentido, em primeiro lugar, deverá assegurar-se aos progenitores, representante legal ou guardião de facto da criança ou jovem toda a informação necessária sobre a medida e o modo como se irá processar a sua execução. Em segundo lugar, deverão ser informados de que terão direito a receber *apoio psico-social*, com vista ao bem-estar pessoal e social da criança; *apoio económico*, quando necessário, para a aquisição do equipamento indispensável relacionado com o alojamento à criança ou do jovem, incluindo uma *prestação económica* quando for indispensável para responder às necessidades de manutenção do menor, condicionado às disponibilidades orçamentais; e *apoio psicopedagógico*, destinado à criança ou do jovem, incluindo ainda beneficiar de programas de formação, visando o melhor exercício das suas funções parentais, capacitando a família para o exercício de uma parentalidade responsável, através do reforço e aquisição de competências nas dimensões da vida familiar que mais directamente se relacionam com a educação das crianças, assim como um ambiente familiar de qualidade que assegure o bem-estar da criança. Em contrapartida, devem os pais, para além de cumprir com as obrigações constantes no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial, revelar interesse e preocupação pela vida do seu filho, respeitando e assegurando os seus direitos, orientando-o e assistindo-o em todos os aspectos da sua vida, especialmente na tomada de decisões importantes, e assegurando-lhe a necessária educação e formação; participar nos programas e acções de formação e sensibilização que decorram da medida aplicada, salvo pedido expresso de escusa; garantir permanente informação à equipa técnica sobre a situação e os aspectos relevantes do desenvolvimento da criança ou do jovem, bem como de factos supervenientes; e comunicar à equipa técnica a alteração de residência e, quando pedido, o período e local de férias. Quanto à criança ou jovem, ao longo de todo o processo terá direito a ser a ser ouvido e a participar em todos os actos relacionados com a execução da medida, de

2.3.2. *Acompanhamento e monitorização do plano de intervenção*

Uma vez elaborado o plano de intervenção, dar-se-á início à sua execução, promovendo a equipa técnica o acompanhamento e monitorização da medida junto da criança ou jovem e a prestação dos apoios definidos no plano de intervenção (sociais, psicopedagógicos ou económicos) com vista ao reforço das competências parentais, assim como a interacção entre a criança ou jovem e o seu agregado familiar. Simultaneamente, caberá ainda à referida equipa técnica acompanhar e avaliar as relações entre a criança ou jovem e os pais e o respectivo agregado familiar, durante a execução da medida, actualizando permanentemente o diagnóstico da situação e fazendo o acompanhamento das acções de formação a que os seus pais estão vinculados.

Por outro lado, a equipa técnica deverá ainda dar conhecimento às comissões de protecção ou ao tribunal, consoante a entidade que aplicou a medida: a) das situações de facto que justifiquem a regulação ou a alteração do exercício das responsabilidades parentais, a instauração da tutela ou a adopção de qualquer providência cível (como, por exemplo, a que vise a fixação, alteração ou o incumprimento das prestações de alimentos); b) e das situações em que se verifique perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da crian-

acordo com a sua capacidade para entender o sentido da intervenção, podendo fazer-se acompanhar pelos pais, representante legal, pessoa que tenha a guarda de facto ou de pessoa da sua confiança. Deve ainda ser-lhe assegurada a devida reserva da sua vida privada e acesso a todos os recursos definidos pela comissão ou pelo tribunal ou constantes do plano de intervenção para a execução da medida. Por outro lado, terá ainda direito a ser educado, devendo ser-lhe assegurados cuidados de saúde, formação escolar, vocacional e profissional e a participação em actividades culturais, desportivas e recreativas, de acordo com as suas motivações e interesses. Em contrapartida, caberá igualmente à criança ou jovem, no decurso da execução da medida, o dever de participar e colaborar em todos os actos da execução das medidas respeitantes à sua pessoa e condições de vida, de acordo com a sua capacidade para entender o sentido da intervenção e os compromissos que lhe cabem.

ça ou jovem e haja oposição dos detentores dessas responsabilidades parentais para uma intervenção que a afaste desse perigo⁴⁶.

2.3.3. Avaliação de eventual revisão

Como explanado anteriormente, a medida fica sujeita a revisão: a) sempre que decorrido o prazo de seis meses, a contar da data em que foi assinado o acordo de promoção e protecção ou proferida a decisão judicial (salvo quando tenha sido aplicada de forma cautelar, caso em que o prazo diminui para os três meses, de acordo com o o citado art. 37º, n.º 3) da L.P.C.J.P.; b) quando findo o prazo de duração da medida; c) ou quando ocorram factos que o justifiquem [art. 62.º].

A revisão é sempre precedida de uma avaliação da situação actual da criança ou jovem e dos resultados do processo da sua execução por parte da equipa técnica da instituição de enquadramento, com vista à ponderação dos seguintes critérios: a) a satisfação das necessidades de alimentação, higiene, saúde, afecto e bem-estar da criança ou do jovem; b) a sua estabilidade emocional; c) o cumprimento do plano de escolaridade, orientação vocacional, formação profissional e ocupação dos tempos livres; d) o cumprimento do plano de cuidados de saúde e de orientação psicopedagógica; e) a opinião da criança ou do jovem, dos pais; f) a integração social e comunitária da criança ou do jovem; g) os sinais concretos da dinâmica e organização familiares estabelecidas, tendo em vista a avaliação da evolução da capacidade dos pais para proteger a criança ou o jovem de situações de perigo e garantir a satisfação das necessidades do seu desenvolvimento⁴⁷.

Sempre que a decisão de revisão seja antecipada, a proposta de substituição ou cessação da medida deve ser fundamentada nas circunstâncias concretas que a justifiquem⁴⁸.

No âmbito da avaliação da execução da medida, poderá sempre a entidade responsável pelo seu acompanhamento e monitorização, elaborar uma proposta de prorrogação, substituição ou cessação que remeterá para a C.P.C.J. ou para o tribunal, dependendo de onde correr o respectivo processo [art. 62.º, n.º 3].

2.3.4. Cessação

A extinção da medida deve ser devidamente preparada com o envolvimento e participação activa da criança ou jovem e dos seus pais.

Esta medida de promoção e protecção cessa não apenas quando decorrido o prazo da sua duração ou da sua prorrogação ou quando assim seja determinado pelo juiz ou pela comissão, em sede de revisão, como também nos casos em que seja adoptada alguma providência civil que assegure o afastamento da criança ou jovem da situação de perigo ou este atinja a maioridade ou, nos casos em que tenha solicitado a continuação da medida para além da maioridade, complete os vinte e um anos ou vinte cinco anos, se tivesse em processo educativo ou formativo [art. 63.º].

Uma vez extinta a medida, se os pais e a criança ou jovem o autorizarem, pode a equipa técnica (que acompanhou e fez a monitorização do plano de intervenção, em articulação com os serviços locais), manter-se informada sobre o percurso de vida da criança ou jovem, por um período, em regra, não inferior a seis meses, sem prejuízo de, sempre que tenha conhecimento de qualquer perturbação no

⁴⁶ Art. 14.º, n.º 3, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁴⁷ Art. 9.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, e art. 62.º da L.P.C.J.P.

⁴⁸ Art. 9.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, aplicável com as necessárias adaptações.

processo de desenvolvimento da criança ou jovem, dever sinalizar tal facto à comissão ou ao tribunal onde correu o respectivo processo de promoção e protecção⁴⁹.

Por fim, cumpre assinalar que esta medida continua a ser, em Portugal, a mais aplicada pelas comissões de promoção e protecção⁵⁰ e a que revela maiores diferenças de exequibilidade nas diversas localidades, por estar dependente dos recursos humanos, materiais, financeiros e logísticos disponíveis em cada área.

3. As medidas de Apoio junto de outro familiar e de Confiança a pessoa idónea

3.1. Noção

A medida de *Apoio junto de outro familiar* apresenta uma natureza semelhante à anterior medida de apoio junto dos pais, e consiste na colocação de uma criança ou do jovem à guarda de um familiar “com quem já residisse ou ao qual é entregue”⁵¹, desde que esse familiar não seja seu representante legal, nem tenha a sua guarda de facto, sendo a colocação acompanhada do necessário “*apoio psicopedagógico, social e económico*” [art. 40.º], nos mesmos moldes em que é prestado junto dos pais⁵².

⁴⁹ Art. 21.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁰ Relatório anual de avaliação de actividades das C.P.C.J., realizado pela C.N.C.J.R, de 2022, disponível em www.cnpejr.pt, visitado a 3 de Fevereiro de 2023.

⁵¹ Neste sentido, esclarece CLEMENTE, Rosa (nota 20), 97, como o legislador, ao estabelecer a distinção entre pais e outros familiares, “teve seguramente presente e quis evitar a tomada de decisões de protecção não ponderadas que privilegiem a confiança da criança, por exemplo, a avós, tios e outros parentes da linha recta ou da linha colateral com quem aquela apenas se relacione de forma esporádica e pouco consistente, não estando por isso estabelecida a desejável vinculação”.

⁵² Arts. 10.º a 13.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

Exige ainda o legislador que o familiar a quem é confiada a criança tenha mais de dezoito anos e menos de sessenta e cinco anos, à data em que a criança ou jovem lhe for confiado, podendo, em casos excepcionais, o referido limite de sessenta e cinco anos 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.

Será de realçar, 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, em alternativa (se não residir com esse familiar), ser manifesta a existência desse laço de afectividade recíproca entre o familiar e a criança, em momento anterior à aplicação da medida ou de indicadores objectivos que permitem formular um juízo de prognose favorável de que essa relação de afectividade se estabelecerá em tempo útil para a criança.

Quanto à medida de *Confiança a pessoa idónea*, esta consiste na colocação da criança ou do jovem à guarda de uma pessoa que não pertença à sua família biológica alargada (como, por exemplo, um vizinho, madrasta/padrasto ou padrinho), desde que entre ambos já existissem vínculos de afectividade recíproca, em momento anterior ao da selecção da medida, ou se possa concluir, com elevado grau de probabilidade, face aos indicadores objectivos disponíveis, que essa relação de afectividade se irá concretizar em tempo útil.

Por outro lado, exige ainda o legislador para que a medida possa aplicada que a pessoa idónea tenha idade superior a dezoito anos e inferior a sessenta e cinco anos, à data em que a criança ou jovem lhe for confiado (podendo, excepcionalmente, o limite de sessenta e cinco 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) e possuir capacidade educativa e correspondente disponibilidade para lhe assegurar as condições necessárias ao seu desenvolvimento integral [art. 43.º]⁵³.

3.2. Aspectos comuns

3.2.1. Finalidade

A execução das medidas de *Apoio junto de outro familiar* e de *Confiança a pessoa idónea* deve ser orientada no sentido do acompanhamento afectivo e securizante da criança ou do jovem de modo a que este consiga adquirir as competências afectivas, físicas, psicológicas, educacionais e sociais que lhes permita prosseguir em condições adequadas o seu desenvolvimento integral, de preferência junto dos pais ou em autonomia de vida⁵⁴.

Para o efeito, devem ser considerados na elaboração e execução do plano de intervenção, entre outros, os seguintes elementos relativos ao familiar acolhedor ou à pessoa idónea: capacidade para remover qualquer situação de perigo; ausência de comportamentos que afectem a segurança ou o equilíbrio emocional da criança ou do jovem; disponibilidade para colaborar nas acções constantes do plano; relação de afectividade recíproca entre a criança ou jovem e o familiar acolhedor ou a pessoa idónea; proximidade geográfica com os pais da criança ou do jovem; idade superior a dezoito e inferior a sessenta e cinco anos, à data em que a criança ou jovem lhe for confiado; e não condenação, por sentença transitada em julgado, por crimes

contra a vida, integridade física, liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexual⁵⁵.

3.2.2. O procedimento de execução da medida

Os actos materiais de execução destas duas medidas recaem sobre as mesmas entidades competentes para aplicar a medida de apoio junto dos pais, valendo no âmbito da sua execução, as mesmas regras e fases anteriormente analisadas: a) preparação da criança ou jovem, dos seus pais, familiar acolhedor ou pessoa idónea, consoante a tipologia da medida; b) acompanhamento e monitorização da medida; c) avaliação de eventual revisão da medida; d) cessação da medida⁵⁶.

Há, contudo, que assinalar duas particularidades: por um lado, na primeira fase de informação e preparação da medida, os pais devem não só ser informados dos seus direitos e obrigações e dos objectivos a alcançar com a execução da medida e dos termos do seu desenvolvimento e como a mesma se desenvolverá, como devem ser especialmente preparados para a sua participação activa e co-responsável na integração dos filhos junto do familiar acolhedor ou da pessoa idónea (tendo direito a ser ouvidos e a participar em todo o processo de desenvolvimento e educação da criança, salvo decisão judicial em contrário), e a terem acompanhamento técnico e/ou acesso a programas de formação parental⁵⁷.

Devem, por sua vez, entre o mais, *colaborar* com o familiar acolhedor/ pessoa idónea e com a instituição de enquadramento no processo de desenvolvimento da criança ou do jovem, sempre que possível e se afigure benéfico; *aceitar acompanhamento técnico* conforme previsto com vista à reintegração

⁵³ Arts. 4.º, al. c), e 16.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁴ Art. 16.º, n.º 3, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁵ Art. 16.º, n.º 5, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁶ Arts. 8.º, 18.º a 21.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁷ Art. 18.º e 25.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

familiar da criança ou jovem; *participar em programa de educação parental se for exigido* (salvo se for apresentado pedido de escusa com motivos atendíveis); e *comparticipar nos encargos com a manutenção da criança ou do jovem de acordo com as normas sobre participações familiares para a utilização de equipamentos e serviços de acção social*⁵⁸.

Já o familiar acolhedor ou a pessoa idónea deve ser também devidamente esclarecido e preparado sobre todo o processo de execução da medida, tendo em conta as informações prestadas pelos pais sobre as características da criança ou jovem e outros elementos facilitadores da sua integração, protecção e promoção⁵⁹, sendo-lhes ainda atribuídos os poderes-deveres de guarda, de representação, assistência e educação, na medida indispensável à protecção da criança ou jovem e no respeito pelos termos do acordo de promoção ou da decisão judicial⁶⁰.

Quanto à criança e jovem, no decurso da execução da medida de apoio junto de outro familiar

ou de confiança a pessoa idónea, para além do extenso leque de direitos e obrigações anteriormente exposto, aquando da análise da medida de apoio junto dos pais, é-lhe reconhecido ainda direito a permanecer junto do familiar acolhedor / pessoa idónea *pele tempo estritamente necessário* a que os pais disponham das condições para assumir a sua função parental, e a *ser acolhido juntamente com os seus irmãos*, sempre que a conciliação do superior interesse das crianças envolvidas o aconselhe e a *manter regularmente contactos pessoais com os pais ou com outras pessoas com quem tenha especiais laços de afectividade e com privacidade* (sem prejuízo das limitações impostas no acordo ou na decisão judicial)⁶¹.

Por outro lado, no dia em que a execução da medida é iniciada, deve a equipa técnica da instituição acompanhar a criança ou jovem à residência do familiar acolhedor ou da pessoa idónea, consoante os casos, devendo os seus pais ser associados à realização da diligência sempre que possível e se afigure benéfico⁶².

Nos demais aspectos, aplicar-se-á à execução do plano de intervenção as mesmas regras enunciadas para a medida de Apoio junto dos pais.

4. O apoio para a autonomia de vida

4.1. Noção

A medida de apoio para a autonomia de vida⁶³

⁵⁸ Art. 28.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁵⁹ Art. 26.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶⁰ Ao familiar a quem seja confiado a criança ou jovem ou à pessoa idónea, consoante a situação, conferiu também o legislador um amplo conjunto de direitos e deveres, enunciados nos arts. 24.º, 26º, 27.º, e 29.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, semelhantes aos reconhecidos aos progenitores, quando aplicada a medida de apoio junto dos pais. Por um lado, têm direito a receber a informação necessária sobre a medida e a forma como se irá processar a sua execução; e, por outro lado, a receber apoio psico-social, psicopedagógico e/ou económico (quando necessário, para a aquisição do equipamento indispensável relacionado com o alojamento da criança), e ainda a uma prestação pecuniária, quando seja indispensável para responder às necessidades inerentes à sua manutenção. Por seu turno, estão vinculados às mesmas obrigações impostas aos pais: para além de terem de cumprir com os deveres e orientações fixadas no acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial, deverão cuidar da criança ou do jovem (respeitando e promovendo os seus direitos, orientando-o, assistindo-o e educando-o), participar nos programas e acções de formação que decorram da medida aplicada; informar permanentemente a equipa técnica sobre a forma como está a decorrer o desenvolvimento da criança ou sobre qualquer outro aspecto relevante para a execução da medida, assegurar as condições para o *fortalecimento das relações da criança e jovem com os seus pais*, salvo decisão judicial em contrário, e *comunicar aos pais qualquer alteração de residência e o período e local de férias* (salvo se o tribunal ou a comissão de protecção o julgar inconveniente) e *todos os factos supervenientes que possam alterar as condições do acolhimento*.

⁶¹ Arts. 22.º e 23.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶² Art. 17.º, n.ºs 2 e 3, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶³ A medida de apoio para a autonomia de vida encontra-se alicerçada nos arts. 12.º, n.º 1, e 29.º, n.º 1, al. d), da Convenção dos Direitos da Criança, que perspectivam a criança e o jovem como verdadeiros actores sociais, impondo que sejam *“tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”*; e que os Estados Partes preparem *“a criança para assumir as responsabilidades de vida numa sociedade livre (...)”*; e assenta igualmente nos dados científicos que revelam que, nesta fase de desenvolvimento, o jovem já tem capacidade de discernimento do valor

distingue-se das anteriores medidas de execução em meio natural de vida da criança dado que só pode ser aplicada: a) a jovens com mais de quinze anos e que revelem vontade de iniciar um percurso com vista à sua plena autonomização e sinais de responsabilidade e maturidade, devendo para o efeito atender-se às suas “*competências e potencialidades (...) para mobilizar os recursos necessários que o habilitem a adquirir progressivamente a autonomia de vida*”⁶⁴; b) e às jovens mães com menos de quinze anos, quando se entenda que é aconselhável, face ao circunstancialismo do caso em concreto e que revelem sinais de responsabilidade, competência e potencialidade para virem a assumir o compromisso que se lhes exige [art. 45.º].

Esta medida tem por objectivo proporcionar àqueles jovens apoio económico, acompanhamento psicopedagógico e social e formação adequada (cursos de formação profissional ou planos integrados de educação e formação) de modo a que consigam, progressivamente, reunir as condições de vida necessárias que os habilitem a auto-subsistirem e conquistarem a sua autonomia.

Não nos parece, todavia, dever incluir-se no âmbito de aplicação desta medida de promoção e protecção jovens mães, com idade inferior a doze anos, uma vez que o estado em que se encontra o seu desenvolvimento físico, mental e emocional, o seu nível de maturidade e a sua falta de ferramentas educacionais, formativas e psico-emocionais, impossibilita a elaboração de um programa com vista à sua autonomização.

De modo diverso, embora não resulte de modo expresso da letra da lei, julgamos que esta medida de promoção e protecção poder-se-á dirigir ainda a

jovens pais, com idade inferior a quinze anos, mas superior a doze anos, se, *in casu*, se revelar como a medida mais ajustada. Não nos parece que os motivos que justificam o início do processo de autonomização às jovens mães, em tais situações, não possam valer, de modo idêntico, quando se trate de jovens pais, de modo a que possam adquirir as ferramentas necessárias que lhes permitam entrar no mercado de trabalho e auto-subsistência de modo responsável.

4.2. Finalidade

Estabelece o legislador dois objectivos específicos a alcançar com esta medida: por um lado, garantir e proporcionar ao jovem, considerando o seu perfil e contexto de vida, condições que lhe permitam viver por si só e adquirir progressivamente autonomia de vida através de um projecto integrado de educação e formação, tecnicamente orientado para a aquisição ou desenvolvimento das necessárias competências, capacidades e sentido de responsabilidade; e, por outro, criar condições especiais de acesso dos jovens aos recursos de que necessitam para a sua autonomização, nomeadamente, formação pessoal, profissional e inserção na vida activa⁶⁵. Em suma, visa “*proporcionar a autonomização do jovem nos contextos escolar, profissional, social, bem como o fortalecimento de relações com os outros e consigo próprio*”⁶⁶.

4.3. Processo de execução da medida

4.3.1. Preparação do jovem

O plano de intervenção, com os objectivos e estratégias de autonomização do jovem, é elaborado e operacionalizado com a sua participação directa e compreende as seguintes acções: a) *for-*

e alcance dos actos que pratica, podendo decidir qual o rumo a tomar na sua vida no sentido de ganhar a sua independência e autonomia.

⁶⁴ Art. 31.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶⁵ Art. 30.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶⁶ Art. 30.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

mação pessoal contínua (assente no desenvolvimento de competências pessoais e sociais, que permita ao jovem a aquisição de autonomia positiva, desenvolver espírito crítico, interiorização de valores e gestão de obstáculos e frustrações; b) continuação do percurso de *formação escolar* ou *realização de cursos de formação profissional* adequados ao perfil vocacional do jovem, consoante os casos; c) apoio à *inserção laboral* do jovem e na utilização de redes inter-institucionais de suporte a nível escolar, formação profissional e emprego⁶⁷.

No decurso da execução do plano de intervenção com vista à autonomização do jovem, são vários os direitos⁶⁸ que lhe deverão ser assegurados. Por um lado, o jovem deve ser devidamente informado e preparado sobre a medida aplicada e escutado sobre o modo como se efectuará o seu acompanhamento e execução, tendo em conta a sua idade, contexto de vida e desenvolvimento emocional. Deverá garantir-se que este tem uma participação activa em todas as decisões que lhe respeitem, beneficiando do necessário acompanhamento psicopedagógico e social.

Com vista a facilitar o seu processo de autonomização, tem ainda aquele direito a apoio e acompanhamento, ao nível escolar, de formação profissional ou de emprego e a receber uma prestação pecuniária, equipamento indispensável para o seu processo de autonomização, sem prejuízo da eventual efectivação da prestação de alimentos devidos pelos seus familiares, e acesso a recursos definidos pela comissão de protecção ou pelo tribunal ou constantes do plano de intervenção. Por último, o jovem tem direito a ser apoiado e incentivado a participar em actividades culturais, desportivas e recreativas, de acordo com as suas motivações e

interesses.

No que se refere às obrigações⁶⁹ a que o jovem fica obrigado a respeitar e cumprir, para além de tudo o que tiver sido estabelecido no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial, deve ainda dar conhecimento ao coordenador de caso de todos os factos supervenientes que possam alterar as condições dos apoios prestados no âmbito da execução da medida.

Por outro lado, o sucesso da medida só será possível de alcançar se o jovem cumprir, de modo, responsável e consciente, as actividades de formação pessoal e social, os programas e actividades escolares ou os cursos de formação profissional que lhe tenham sido definidos pela equipa técnica, reunindo-se com ela sempre que convocado. Deverá ainda contribuir para as despesas de manutenção de alojamento e alimentação, quando em situação de emprego, em montante a fixar em função do respectivo salário, consensualizado entre o jovem e o coordenador do caso.

4.3.2. *Acompanhamento e monitorização do plano de intervenção*

Uma vez iniciado o plano de intervenção, caberá ao próprio jovem a auto-monitorização do plano com o directo apoio e participação da equipa técnica da instituição de enquadramento, devendo todos os factos que forem ocorrendo no decurso da execução da medida e a sua avaliação ser comunicados, através de informação ou de relatórios, à entidade que a aplicou⁷⁰.

⁶⁹ Art. 36.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁷⁰ Art. 33.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro. Nos termos do n.º 2 do citado art. 33.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, a monitorização compreende, nomeadamente: "a) a supervisão do processo de formação pessoal do jovem, através de avaliações sistemáticas individuais e de grupo; b) a avaliação do respeito pelos compromissos assumidos pelo jovem; c) o acompanhamento da execução de programas de formação profissional e a avaliação periódica da evolução dos comportamentos adoptados no contexto da formação; d) a actualização

⁶⁷ Art. 32.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

⁶⁸ Art. 35.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

4.3.3. Avaliação de eventual revisão

A medida é revista de seis em seis meses, sempre que findo o prazo de duração fixado em acordo ou em decisão judicial ou sempre que ocorram factos que o justifique, sendo a revisão precedida de avaliação da situação actual do jovem e dos resultados do processo da sua execução [art. 62.º]. Para efeitos da avaliação, a equipa técnica deverá atender, entre o mais, ao cumprimento ou não pelo jovem do plano de escolaridade, orientação vocacional, formação profissional e ocupação de tempos livres; à sua opinião e à sua integração social e comunitária.

Sempre que a revisão seja antecipada, a proposta de substituição ou cessação da medida deve ser fundamentada nas circunstâncias concretas que a justifiquem⁷¹.

4.3.4. Cessação

Esta medida de promoção e protecção pode cessar nos seguintes casos: uma vez decorrido o seu prazo de duração ou eventual prorrogação, com a decisão de revisão que lhe ponha termo; com a maioria do jovem (ou quando este complete os vinte e um anos, se tiver solicitado a continuação da medida para além da maioria ou vinte e cinco anos, se estivesse em processo de educação ou formação), ou se for proferida decisão em procedimento cível que assegure o afastamento da criança ou jovem da situação de perigo [art. 63.º]. A decisão de cessação da medida deve ser preparada previamente com a participação do jovem.

permanente do diagnóstico da situação do jovem e da sua evolução pessoal; e) a avaliação da articulação com as redes inter-institucionais de suporte ao nível escolar, de formação profissional e emprego”.

⁷¹ Art. 9.º do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, aplicável com as necessárias adaptações.

Por um período não inferior a seis meses, a equipa técnica da instituição de enquadramento, em articulação com os serviços locais, dever-se-á manter informada sobre o percurso de vida do jovem, desde que este não se oponha e sejam respeitados os princípios consignados na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

5. Notas finais

Analisado o regime legal consagrado na L.P.C.-J.P., em matéria de medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança⁷², verificamos, desde logo, como três das referidas medidas, o Apoio junto dos pais, o Apoio junto de outro familiar e a Confiança a pessoa idónea, apresentam um conteúdo e finalidade muito semelhantes na medida em que todas elas pretendem assegurar à criança ou jovem em situação de perigo o necessário *apoio social, psicopedagógico, ou económico* de que necessite, independentemente de se manter junto dos seus pais, representante legal ou guardião de facto, de passar a viver com outro familiar ou de ser confiado a uma terceira pessoa com quem já tivesse estabelecido previamente uma ligação afectiva de relevo estruturante.

Por seu turno, de entre as três citadas medidas de promoção e protecção, constatamos ainda que a medida de Apoio junto dos pais continua a ser a mais aplicada, nos últimos anos, pelas comissões de protecção, tendo sido determinada em 61% do total das medidas aplicadas em 2022⁷³.

Nesse sentido, se, por um lado, consideramos que a medida deva ser aplicada, sempre que, no

⁷² Entre as quais, voltamos a frisar, não incluímos a medida de Confiança a pessoa seleccionada para a adopção, vertida na primeira parte da al. g), do n.º 1, do art. 35.º da L.P.C.-J.P., pelos motivos anteriormente expostos.

⁷³ Relatório anual de avaliação de actividades das C.P.C.-J., elaborado pela C.N.P.C.-J.P., de 2022, disponível em www.cnpdpj.gov.pt, p. 45.

caso em concreto, haja uma expectativa fundada de os progenitores da criança conseguirem reunir as condições necessárias para pôr fim à situação de perigo, em tempo útil para criança, auxiliando-a na aquisição de competências pessoais, sociais e profissionais, de modo a que a criança ou o jovem não tenha de ser retirada do seu núcleo familiar; por outro lado, também é nossa opinião que esta medida não pode ser prorrogada *ad eternum* pelas entidades competentes, enquanto se espera a recuperação dos pais que tarda a acontecer, devendo dar-se primazia aos direitos da criança face aos direitos dos seus progenitores, tal como frisava PAULO GUERRA, “devendo a decisão sempre tomada em favor daquela, conforme o seu interesse e não contra os pais”⁷⁴. Encontrando-se a mesma ideia amplamente aceite e plasmada no Acórdão da Relação do Porto, de 7/05/2019 (Proc. n.º 2545/16.1T8PRD.P1), onde se escreve que “o primado da família biológica convoca o apoio às famílias disfuncionais quando se vislumbra a possibilidade destas alcançarem o equilíbrio (...) diferenciando-se as situações em tal “não é viável, ou pelo menos, não é em tempo útil para a criança (...). Não sendo viável o regresso à família biológica, o desenvolvimento pessoal, afectivo e formativo dos meninos B e K não podem ficar à espera da definição de um projecto de vida que, de tão tardio, pode já não existir (...) os interesses das crianças sobrepõem-se aos da família (...)”, ou ainda, nos Acórdãos da mesma Relação, de 27/09/2022 (Proc. n.º 969/22.4T8PRD-A.P1), 13/07/2022 Proc. n.º 1455/20.2T8GDM.P1), e de 14/12/2022 (Proc. n.º 377/18.1T8FAF.P1), ou no Acórdão da Relação de Coimbra, de 13/06/2023 (Proc. n.º 437/21.1T8CLD-A.C1)⁷⁵.

⁷⁴ GUERRA, Paulo, *o.c.*, p. 30.

⁷⁵ Referia, assim, o Acórdão da Relação do Porto, de 27/09/2022, que “o princípio da prevalência na família (...) tem, na situação nos autos, de

No que se refere às medidas de Apoio junto de outro familiar ou de Confiança a pessoa idónea, estas denotam de positivo o facto de permitirem que uma criança ou jovem que passou por uma situação difícil e delicada, ao ter de ser retirado do seu lar, não tenha de sofrer um trauma ou um choque emocional maior, num caso, por não ter de ser afastado do seu contexto familiar, e, se possível, do seu entorno escolar e social habitual, e, no segundo caso, por poder continuar a viver com alguém com quem já partilhava laços de afectividade recíproca (procurando-se, igualmente, que permaneça no seu contexto escolar e social a que estava habituada, sempre que tal se revele possível). Por outro lado, nos casos em que se venha a concluir pela inviabilidade do retorno da criança para junto dos seus pais, as referidas medidas de Apoio junto de outro familiar e de Confiança a pessoa idónea pos-

ceder perante o prevacente interesse superior do jovem (a situação do jovem vinha-se deteriorando sem que a medida de apoio junto dos pais conseguisse inverter, sequer sustentar, o perigo para a sua formação, educação e desenvolvimento”; e de 14/12/2022: “a criança não tem tempo para esperar que os adultos tenham tempo para si e por isso urge decidir, mesmo que tal decisão importe um risco porque decorridos quase três anos sobre a institucionalização dos menores o verdadeiro risco que se corre é de coarctar em definitivo aos menores a possibilidade de terem um projecto de vida claro que corresponda aos seu superior interesse (...)”. O Ac. da mesma Relação, de 13/07/2022, frisava como “nos processo de promoção e protecção, embora os direitos e interesses dos pais possam e devam ser tidos em conta, os direitos e interesses das crianças têm, no entanto primazia. Entre o interesse dos progenitores e o direito do menor CC em viver no seio de um agregado familiar equilibrado a quem possa chamar de seu, a tratar os adultos (pais adoptivos) que dela venham a cuidar devidamente como pai e mãe, a receber desses adultos cuidados, carinho e afecto próprios de um pai e de uma mãe, sem dúvida que tem preponderância o interesse da menor, com prejuízo para o dos pais biológicos no caso em concreto. Assim, a partir do momento em que os pais não pode, ou não sabem, ou não querem (com ou sem culpa da sua parte) – mesmo quando amplamente apoiados – cumprir com as suas responsabilidades parentais não podem, do ponto de vista legal, reclamar direitos sobre as crianças, quando a satisfação destes põe em causa o futuro dessas mesmas crianças”. Já no Ac. da Relação de Coimbra, de 13/06/2023, salientava-se como: “os interesses das crianças ou jovens em perigo podem (e amiúde o são) ser conflituantes e distintos dos interesses da própria família natural, que deles não soube ou não quis cuidar em termos de salvaguardar o interesse das crianças ou jovens em risco, havendo, pois, em tais casos, de dar prevalência aos interesses das crianças”. Todos os Acórdãos citados encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt, visitado a 02 de Julho de 2023.

sibilitam ainda que aquela criança possa permanecer a viver num contexto familiar que lhe é próximo e menos lesivo face à aplicação de qualquer outra medida de promoção e protecção de colocação, até ver a sua situação jurídica definida de forma estável e definitiva.

Parece-nos, assim, que os maiores obstáculos podem advir, sobretudo, da escassez de recursos humanos e materiais para dar resposta adequada a todos os casos sinalizados em que se revele necessário prestar apoio e assistência a uma família.

Relembramos aqui como, com a publicação do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, que passou a regulamentar as referidas medidas de execução em meio natural de vida, foi dado um passo importante no sentido de se garantir uma exequibilidade mais uniforme da citada medida, ao fixarem-se parâmetros objectivos a que deve dar resposta e ao impor-se a criação de equipas técnicas específicas que passaram a responsabilizar-se especificamente pela sua execução (dado que, até então, a forma como ia sendo concretizado o apoio junto dos pais, em sede administrativa, apresentava notas muito díspares, variando de comissão para comissão, fruto, sobretudo, da criatividade e iniciativa dos seus técnicos, face à escassez de directrizes sobre a forma da sua execução, e dos recursos financeiros, materiais e humanos, para atender a todas as necessidades).

Por último, sublinhe-se ainda como a medida de Apoio para a autonomia de vida veio facultar a jovens com mais de quinze anos, ou a recentes mães ou pais, com idade inferior (especialmente, quando não possam permanecer no seio da sua família), uma panóplia de apoios sociais, educativos ou profissionais que lhes facilitam a sua entrada no mundo de trabalho e o seu processo de autonomização na sociedade.

Realce-se, porém, não ter previsto o legislador a obrigatoriedade de as entidades estaduais terem

de assegurar a existência de certo número mínimo de residências ou apartamentos, espalhados ao longo de todo o país, onde esses jovens possam residir, enquanto estejam a adquirir os conhecimentos e a formação necessária ao seu processo de auto-subsistência.

Durante muitos tempo, essa foi uma das fortes críticas apontadas ao legislador, a falta de regulamentação da medida de Acolhimento Residencial, que esteve ausente durante quase vinte anos, até 2019, assim como o facto de não prever a criação de equipamentos específicos para os jovens em processo de autonomização e a sua respectiva organização, ao contrário do que já acontecia na vizinha Galiza, desde 2005, quando o legislador autonómico galego, no Decreto 329/2005, de 28 de julho, em matéria de regulação dos centros dirigidos a crianças e jovens, passou a diferenciar o tipo de instituições existentes em função das especificidades dos jovens acolhidos e ao dar-lhes um cunho de verdadeiro lar, surgindo como *vivendas* residenciais, muitas integradas na comunidade⁷⁶.

⁷⁶ Na C.C.A.A. da Galiza, o legislador autonómico distinguiu, assim, o acolhimento residencial que tem lugar, nas situações de urgência, temporariamente (embora não fixe o prazo máximo da sua duração), em "*Casas de primera acogida*", do acolhimento residencial que tem lugar nas demais situações, em *vivendas* de reduzida dimensão, integradas na comunidade, designadas de "*Casas de familia*" (com capacidade para receber até ao máximo de oito crianças e jovens), de "*Minirresidencias*" (aptas a receber até ao máximo de oito menores), "*Residencias*" (com capacidade para receber até quinze crianças ou jovens), "*Vivendas tuteladas*" (com capacidade para integrar apenas oito jovens que estejam próximos de completar a maioridade mas necessitem ainda de apoio para alcançar a sua autonomia definitiva e que funcionam em regime de auto-gestão sob a supervisão técnica dos educadores); "*Vivendas de transición a la vida autónoma*" (dirigidos a jovens que independentemente de estarem quase a completar a maioridade, necessitam de apoio para alcançar a sua autonomia definitiva, só podendo integrar entre quatro a seis jovens e que também funcionam igualmente em regime de auto-gestão sob a supervisão técnica externa de um educador); que se distinguem ainda dos "*Centros com hogares*" (equipamentos residenciais distribuídos em unidades de convivência com capacidade cada um para receber até dez crianças, organizados de modo a terem espaços e ritmos de vida autónomos dentro da organização geral do espaço), dos "*Centros com talleres formativos*", (centros com oficinas formativas dirigidos a jovens que, tendo completada escolaridade obrigatória necessitam ainda de formação complementar para colmatar a suas lacunas forma-

Ora, o Dec-Lei n.º 164/2019, de 25 de Outubro, ao introduzir uma regulamentação à medida de Acolhimento residencial, veio introduzir precisamente no dispositivo que classifica o tipo de unidades residenciais especializadas, a criação, em Portugal, na al. c), do n.º 3, do art. 11º, de unidade de apoio e promoção da autonomia dos jovens, nomeadamente apartamento de autonomização para

tivas através de aprendizagem teórico-prática de um ofício que lhes facilite a incorporação no mercado de trabalho) e dos “Centros de atención de día” (equipamentos dirigidos quer a crianças ou jovens em situação de risco ou desamparo, quer em situação de conflicto social e que visam proporcionar-lhes apenas durante o dia, uma série de serviços de apoio sócio-educativo e familiar com o objectivo de favorecer o seu processo de desenvolvimento harmonioso) [arts. 9 a 19 do Decreto 329/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los centros de menores y los centros de atención a la infancia].

preparação dos jovens para a vida ativa, de forma autónoma, o que há muito se esperava. O desafio no futuro passa agora pela concretização na prática da teoria e na elaboração de tais residências em número suficiente para dar resposta a todos os casos em que a referida medida de promoção e protecção seja aplicada.

Assim, através desta pequena análise, esperamos ter conseguido clarificar o regime actualmente, em vigor, no ordenamento jurídico português, em matéria de medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança ou jovem, designadamente, quanto ao seu âmbito de aplicação, conteúdo, finalidade e procedimento de execução.

MANDATO COM VISTA A ACOMPANHAMENTO – PERSPECTIVA DE UM NOTÁRIO

Gustavo Pessoa Pinto

Notário, Mestre em Direito

Resumo: *No exercício da nossa profissão de notários, muitas vezes somos contactados por cidadãos procurando soluções, de forma a acautelarem a sua situação em caso de perda parcial ou total da sua capacidade para gerir a sua pessoa e os seus bens. O regime do maior acompanhado veio consagrar o instituto do mandato com vista a acompanhamento; é sobre esta figura que nos propomos debruçar, na expectativa de nela encontrarmos alguma resposta para os anseios de quantos nos procuram com aquelas preocupações.*

Palavras-chave: *maior acompanhado, (in)capacidade, mandato com vista a acompanhamento, instrumento notarial.*

Abstract: *In the exercise of our profession as notaries, we are often contacted by citizens looking for solutions in order to protect their situation in case of partial or total loss of their ability to manage their person and assets. The regime of the greatest accompanied came to consecrate the institution of the mandate with a view to monitoring; it is on this figure that we propose to focus, in the expectation of finding some answer to the anxieties of those who seek us with those concerns.*

Keywords: *greater accompanied, (dis)ability, mandate for monitoring, notarial instrument*

Introdução

A Lei nº 49/2018, de 14 de Agosto, que veio criar o regime jurídico do maior acompanhado e eliminar os institutos da interdição e da incapacitação, trouxe ao Direito, concretamente na parte que respeita à protecção da pessoa incapaz, uma nova figura – o mandato com vista a acompanhamento (MVA). Além de ser uma inovação no Direito português, parece também ser o reflexo de uma mudança de compreensão, no que diz respeito à protecção da pessoa na incapacidade.

No exercício da nossa actividade profissional, como Notários, cruzamo-nos tantas vezes com pessoas procurando soluções para o caso de deixarem de conseguir bastar-se a si mesmas, tomar decisões, gerir o seu património, assumir as suas responsabilidades – designadamente fiscais, mas não só –, resumindo, de se tornarem incapazes. Que solução encontramos nós, alternativa aos ainda morosos processos judiciais para decretar o acompanhamento?

Se outrora as preocupações se centravam na distribuição ou partilha do património depois da morte, as quais eram vividas por pessoas de idade mais avançada e de alguma forma acauteladas por disposições testamentárias, actualmente, com o au-

mento da esperança média de vida¹, a que se soma a recente experiência do período pandémico provocado pela doença COVID-19, assistimos a uma maior procura de soluções por pessoas mais jovens, caso se venham a tornar incapazes.

Com o presente trabalho procuramos estudar melhor a figura do mandato com vista a acompanhamento, e assim verificar se estamos ante uma solução do Direito actualizada e eficaz para as preocupações e necessidades das pessoas, como atrás aludimos.

I. Mudança de paradigma

A Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, criou, como resulta do seu artigo 1.º, o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação. Impõe-se por isso perguntar, quem é hoje o acompanhado? A resposta encontramos-a no artigo 138.º do Código Civil que estipula que “o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas [naquele] Código”. Desta forma, como ensina Paula Távora Vítor, deixam de estar previstas duas medidas de protecção, com diferentes fundamentos, para passar a estar previsto apenas um “*sistema monista* assente numa só medida e num corpo de fundamentos único”². Assim, a medida é uma só – o acompanhamento – que pode ser determinada por três razões: saúde, deficiência e comportamento. Contudo, há que destacar um

elemento moderador na determinação do acompanhamento que é a impossibilidade de “exercer plena, pessoal e conscientemente” os seus direitos e assumir as suas responsabilidades.

Impõe-se então, na determinação das medidas de acompanhamento, a mobilização do **princípio da necessidade**, como estabelece o artigo 145.º do Código Civil: “O acompanhamento limita-se ao necessário”. Na verdade, já os regimes anteriormente em vigor, designadamente o da interdição, obrigavam a que as medidas fossem tomadas de acordo com o princípio da proporcionalidade e da adequação, pois, a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou cegueira podiam não ser de tal modo graves que justificassem a interdição da pessoa, mas tão-só a sua inabilitação³. Como explica Mafalda Miranda Barbosa só os princípios de necessidade e proporcionalidade podiam ser “compatíveis com a ideia de dignidade da pessoa humana que reclama o reconhecimento da capacidade de exercício”⁴. Porém, parece-nos que actualmente, com o regime do maior acompanhado, aquela mobilização é ainda mais evidente, e acompanhamos esta mesma professora quando escreve que se parte “de uma ideia de capacidade, para dotar a pessoa dos instrumentos necessários para a sua tutela nos casos pontuais (...) que dela careça”⁵.

A anterior redacção do número 1 do artigo 141.º do Código Civil, que se referia à legitimidade para requerer a interdição, rezava “A interdição pode ser requerida pelo cônjuge do interditando, pelo tutor ou curador deste, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público”. Actualmente, a legiti-

³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 235

⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados A Disciplina da Lei n.º 49/2018 de 14 de Agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2021, p. 25

⁵ *Idem*, p. 42

¹ https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=354096866&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt

² *Código Civil Anotado*, Volume I, Coord. Ana Prata, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra: Edições Almedina, p. 167

midade – regulada pelo mesmo artigo 141º – para requerer medidas de acompanhamento recai, desde logo sobre o **próprio**. Mais, nos termos do mesmo artigo o acompanhamento pode ser requerido pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível **mediante autorização do beneficiário das medidas**. Ora, esta novidade ilustra bem a mudança de paradigma, acentuando-se agora a capacidade e não tanto a incapacidade. Parte-se da ideia de que a pessoa é capaz!

As medidas de acompanhamento, como ensina Paula Távora Vítor, podem ser “ablative(s) de direitos fundamentais”⁶, e portanto importa escutar o principal interessado das medidas – o **beneficiário**. Com efeito, a preservação da dignidade humana deve ser acautelada pela primazia dada à autonomia da vontade da pessoa⁷. Também Maria dos Prazeres Beleza se refere ao actual regime como sendo regido pela “*primazia da autonomia da pessoa*”⁸. Acresce que o número 1 do artigo 143º, do Código Civil, sob a epígrafe Acompanhante, reforça a posição central que assume a vontade do beneficiário, afirmando que “O acompanhante, maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente”. Assim, ainda que haja sempre o crivo do tribunal, porquanto a designação é judicial, o acompanhante é escolhido pelo acompanhado. Explica Paula Távora Vítor que a escolha feita pelo beneficiário

não tem de ser anterior à perda da sua capacidade, exigindo-se apenas que esta não esteja de tal modo comprometida que não seja possível. Escreve a ilustre professora que se exige que o beneficiário “tenha *capacidade bastante* para efectuar tal escolha de forma livre e esclarecida”⁹.

Na esteira do que vimos expondo não podemos deixar de nos referir à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovada por Resolução da Assembleia da República nº 56/2009 e Ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho, da qual destacamos o número 4 do artigo 12º¹⁰, que prevê a adopção de “medidas proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas”, pelo período de tempo mais curto possível e sujeitas a um controlo periódico. Ora, a convenção aqui em apreço é um exemplo de como pelos diversos pontos do nosso Mundo se procurava “garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, como estipula logo o artigo 1º, na definição do objecto da CDPD. Assim, de acordo com este novo pulsar, os diferentes países foram adaptando os seus ordenamentos jurídicos¹¹.

⁹ Código Civil Anotado, (nota 2), p. 178

¹⁰ Número 4 do artigo 12º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam -se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa.”

¹¹ PINTO MONTEIRO, António, *Das incapacidades ao Maior Acompanhamento – Breve apresentação da Lei nº 49/2018*, in *O Novo Regime Jurídico do Maior*

⁶ Código Civil Anotado, (nota 2), p. 175

⁷ FERRÉ-ANDRÉ, Sylvie, *Le Mandat de Protection Future Français dans le contexte d’urgence d’un Droit «Gérontologique» ou comment la France Appréhende les soins de vieillesse*, in *La Revue du Notariat*, Québec, Montréal, 111, 2009, p. 303

⁸ BELEZA, Maria dos Prazeres, *Brevíssimas Notas sobre a criação do Regime do Maior Acompanhamento*, in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhamento* [Em linha], Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Fevereiro de 2019, p. 15, [Consult. 14/03/2023]. Disponível em:

https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_nsidISL_rE%3D&portalid=30

Concluindo, verificamos assim, uma passagem de um modelo *rígido* e *dualista* para um modelo *flexível* e *monista*, como ensina Pinto Monteiro¹², adaptado às necessidades da pessoa, sem a destituir de vontade e autodeterminação. Na verdade, o tribunal tem a possibilidade, *rectius*, tem o dever, de adaptar as medidas de acompanhamento ao caso concreto, restringindo o menos possível a capacidade de exercício, de acordo com a vontade e aptidão do beneficiário dessas medidas.

II. O Mandato com Vista a Acompanhamento

Compreendida, ainda que muito sumariamente, a mudança de princípios que subjazem ao novo regime do maior acompanhado, com destaque para a autodeterminação do beneficiário das medidas, para os princípios da autonomia e da necessidade, avançaremos com mais detalhe no estudo do mandato com vista a acompanhamento, previsto actualmente no artigo 156º do Código Civil.

Ora, esta figura inovadora encontra-se regulada apenas num único artigo, como dissemos, o que, à partida, nos parece pouco (talvez receosos de não encontrar na letra da lei as respostas seguras às dúvidas que este instrumento, porque sendo novo, pode suscitar). Veremos se assim é.

II.I – MVA – novidade?

O Mandato com Vista a Acompanhamento é de facto um instrumento novo no ordenamento jurídico português, mas abrindo o olhar ao Mundo, en-

contramos do outro lado do Atlântico, mais propriamente na Província canadiana do Québec, o *mandat de protection*, adoptado por lei de 1989¹³, hoje definido no artigo 2166 do Código Civil do Québec:

“Le mandat de protection est celui donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d’elle-même ou à administrer ses biens; il est fait par acte notarié en minute ou devant témoins.

“Son exécution est subordonnée à la survenance de l’inaptitude et à l’homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l’acte.”

Lepage escreve, e traduzimos, que “o Québec foi um pioneiro em matéria de antecipação da incapacidade”¹⁴.

Contudo, não deixamos de encontrar em países mais próximos do nosso, na velha Europa, a adopção de figuras similares. A França, em 2007, a Suíça em 2008 e a Bélgica em 2009, muito por influência de instrumentos internacionais como a Recomendação nº R (99) 4 do Comité de ministros do Conselho da Europa, a Recomendação nº CM (2009) 11 do Comité de ministros do Conselho da Europa e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência¹⁵.

Do que vimos de expor, o mandato com vista a acompanhamento não se nos afigura um instrumento novo, no espectro mundial, onde poderemos encontrar auxílio na interpretação e, eventualmente, no aperfeiçoamento daquele. Não sendo objectivo deste trabalho fazer um estudo de direito comprado, não deixaremos, se oportuno, de fazer algumas referências ao direito estrangeiro.

Acompanhado [Em linha], Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Fevereiro de 2019, p.28, [Consult. 14/03/2023], Disponível em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_nsidISL_rE%3D&portalid=30; Barbosa, Mafalda Miranda, (nota 2) p. 43 e ss.

¹² PINTO MONTEIRO, António, (nota 11), p. 32 e 33

¹³ LEPAGE, Caroline, *Le Mandat de Protection d’hier à demain*, in *La Revue du Notariat*, Québec, Montréal, 122, 2020, p. 323

¹⁴ *Ibidem*, p. 323

¹⁵ *Ibidem*, p. 335

II.II – O mandante

O artigo 156º do Código Civil prevê que uma pessoa maior, a fim de prevenir uma eventual necessidade de acompanhamento, possa celebrar um mandato. Ora, o mandato é uma modalidade do contrato de prestação de serviços, como definido no artigo 1155º do Código Civil. Naveguemos a montante: em que consiste o contrato de prestação de serviços? O artigo 1154º do mesmo Código define-o como “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. O artigo 1157º do Código em estudo define o **mandato** como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra”. Assim, o mandante será uma pessoa maior – os menores estão, portanto, excluídos¹⁶ – que confia à outra a prática de certos actos jurídicos por conta daquele, vislumbrando no horizonte da sua vida a possibilidade de vir a necessitar de medidas de acompanhamento. Contudo, como explica Paula Távora Vítor, este mandante pode já ser beneficiário de uma dessas medidas¹⁷, mas, por ainda estar na sua disposição a tomada de algumas decisões, pode querer cometer a outrem a prática de actos relativos a essas decisões, caso o seu estado se agrave ou porque não as pretende confiar ao acompanhante já designado, mas antes a outra pessoa.

Na verdade, ainda que a letra da lei seja “prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento”, temos de a interpretar como a previsão de uma necessidade que diz respeito à prática dos actos que o beneficiário pretende atribuir ao mandatário¹⁸. Convocando aqui o que atrás se referiu sobre o novo paradigma das medidas de protecção

da incapacidade, o foco há-de estar na autodeterminação e na autonomia da vontade do beneficiário, logo, uma vez que o tribunal tem o dever de adaptar as medidas às necessidades do acompanhado, aquelas poderão não ser tão gravosas que este mantém o controlo de decisões importantes sobre a sua pessoa e queira atribuir a outra a prática de actos que com elas se relacionem.

Podemo-nos questionar sobre a capacidade deste acompanhado, para a celebração de um mandato, mas julgamos que teremos de aplicar a este ponto as considerações de Paula Távora Vítor sobre a capacidade para a escolha do acompanhante – havemos de concordar que a capacidade de celebrar um mandato há-de ser a bastante, de forma a que não ofereça dúvidas quanto à vontade livre e esclarecida sobre o instrumento, os poderes conferidos e sobretudo o seu alcance. Ainda assim, é imperioso não esquecermos que o número 4 do artigo 67º do Código do Notariado nos dá um valioso auxílio, ao prever a possibilidade de intervirem “nos actos peritos médicos para abonarem a sanidade mental dos outorgantes, a pedido destes ou do notário”.

As disposições sobre o mandato com vista a acompanhamento são omissas quanto ao número de mandantes, pelo que, cremos ser pertinente questionar se se deve admitir uma pluralidade de mandantes. A nosso ver, não. Uma vez que se trata de um instrumento onde aquela vontade (livre e esclarecida) deve ficar de tal modo plasmada, devemos admitir apenas um mandante. Parece ser este o caminho a seguir, como ilustra a recente alteração legislativa em matéria de mandato de protecção na Província do Québec, Canadá, a qual veio a proibir o mandato conjunto¹⁹, como se verifica, por exemplo em relação aos testamentos.

¹⁶ *Código Civil Anotado*, (nota 2), p. 204

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ LEPAGE, Caroline, (nota 13), p. 356

II.III – O mandatário

Como resulta da própria definição, o mandato é um contrato bilateral, celebrado entre mandante, de um lado, e mandatário, do outro. Vimos já quem pode ser mandante neste tipo específico de mandato, regulado pelo referido artigo 156°. Vejamos agora quem pode ser mandatário.

No que respeita à pessoa do mandatário, o artigo 156° do Código Civil nada refere! Porém, o seu número 2 afirma que o “mandato segue o regime geral”. Assim, tomando por referência o mandato com representação, designadamente a remissão feita no artigo 1178° do Código Civil, chegamos ao artigo 238° do mesmo Código, que respeita à capacidade do procurador. E que capacidade se exige então ao mandatário? A de “entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”. O mandatário, no contrato de mandato com vista a acompanhamento, há-de ter a capacidade de entender e querer suficiente para gestão dos interesses do mandante. E poderá o mandatário ser uma pessoa colectiva, dada a natureza específica do mandato ora em estudo? Julgamos que sim. Na verdade, quantos maiores estão já assistidos, ou preveem vir a ser, caso se tornem incapazes, por pessoas colectivas, sejam lares ou unidades especializadas para o tratamento de certas doenças? Serão, no nosso entender, as pessoas – membros dos órgãos de Direcção e funcionários – dessas instituições, que mais de perto hão-de lidar com os futuros acompanhados, que passam a conhecer melhor as suas necessidades, e, nessa medida, por que não lhes confiar o mandato? De resto, como explica Paula Távora Vítor, o artigo não estipula quaisquer exigências de capacidade, nem tão pouco define categorias de mandatários²⁰, logo há

que mobilizar as características do mandato em geral. Porém, se olharmos ao ordenamento jurídico francês, concretamente o artigo 480 do *Code Civil*, lemos que poderão ser mandatários toda a pessoa física escolhida pelo mandante, ou uma pessoa colectiva “**inscrita na lista de mandatários judiciais para protecção de maiores**” (tradução e negrito nossos). Portanto, admite-se como mandatário uma pessoa colectiva, mas desde que inscrita na referida lista.

II.IV – O objecto

Recordando a definição de mandato, importa agora debruçarmo-nos sobre os actos jurídicos que o mandante pode confiar ao mandatário. Haverá limitações? Não cremos, porquanto a redacção do artigo 156° do Código Civil é muito clara: “para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação”. Cabem nesta amplitude todos os actos, sejam eles mais pessoais ou patrimoniais, com poderes de representação ou não²¹. As únicas limitações serão aquelas que a lei possa impor – v.g. a de testar (artigo 2182° do Código Civil) – e as que constem da sentença de acompanhamento, caso já tenha sido decretado.

Na verdade, se o mandato serve para quando se verificar a necessidade de medidas de acompanhamento, parece-nos acertado que não haja restrições aos actos a nele incluir; tanto poderão estar relacionados com o exercício de responsabilidades parentais, como com disposição do património, ou quaisquer outros, tal como os previstos no número 2 do artigo 145° do Código Civil. Acresce que, como está estatuído no número 3 do referido artigo 156°, o Tribunal deve aproveitar o mandato e

²⁰ *Ibidem*, p. 204 e 205

²¹ *Ibidem*, p. 205

tê-lo em conta na designação do acompanhante e na determinação das medidas de protecção. Logo, sendo possível, na medida da vontade e das necessidades do beneficiário, o mandato deve estar o mais completo possível. Nessa medida, por que não incluir também a concessão de poderes para cuidados de saúde? Assim, torná-lo-íamos o documento único para a incapacidade, prevenindo situações de conflito provocada por diferentes instrumentos – o mandato com vista a acompanhamento e a procuração de cuidados de saúde (prevista na Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho).

Também a procuração de cuidados de saúde se insere nas medidas defendidas na procura de sistemas mais respeitadores e menos ablativos dos Direitos Fundamentais²², onde a intervenção de terceiros seja mínima e a vontade da própria pessoa seja respeitada ao máximo. Ora, a procuração é um acto unilateral e que não implica aceitação por parte do procurador²³. Este facto pode deixar o outorgante numa situação desfavorável, de vulnerabilidade e sem garantia de protecção. Porém, o mandato, como gera obrigações para o mandatário, acautela melhor, na nossa opinião, a situação de incapacidade do mandante. Além do mais, o número 2 do mencionado artigo 156º, determina que o mandato “especifica os direitos envolvidos (...) bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício”. Trata-se, pois, de elementos essenciais para a definição e interpretação da “vontade clara e inequívoca do outorgante” (número 2 do artigo 2º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho).

Porém, caso exista um procurador de cuidados de saúde e um mandatário, distinto daquele, qual

deve prevalecer em situação de conflito? Ensina Paula Távora Vítor²⁴ que, uma vez que os dois instrumentos hão-de ser resultado da vontade clara e esclarecida do outorgante, o critério a mobilizar é o do *instrumento mais recente*. Diferente será se a divergência for entre mandatário/procurador e uma disposição em testamento vital – aqui deverá prevalecer a disposição do testamento vital, por aplicação do número 2 do artigo 13º da Lei 25/2012, que determina “Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento”. Outra possibilidade de conflito resulta da circunstância, como atrás dissemos, de o Tribunal ter designado acompanhante pessoa diferente do mandatário. Caso a divergência ocorra entre mandatário e acompanhante, deve prevalecer a vontade daquele, uma vez que a sua escolha foi feita pela própria pessoa do mandante/acompanhado e não por terceiros, ainda que o Tribunal. Permitimo-nos, como juizes no quadro da Justiça preventiva, guardiães (se não for exagerado dizê-lo) da paz social e da segurança jurídica, que em matéria tão delicada se procure um só instrumento, dele constando um objecto o mais claro, inequívoco e completo possível, sempre de acordo com a autonomia e vontade de quem o outorga.

II.V – A forma

Debruçamo-nos, até ao momento, sobre a pessoa do mandante, a do mandatário e ainda sobre o conteúdo do mandato com vista a acompanhamento. Analisaremos de seguida a forma que este deve revestir. O mandato é um contrato consensual, o que, em princípio, não implica exigências

²² VÍTOR, Paula Távora, *O apelo de Ulisses – O novo regime do procurador de cuidados de saúde na lei Portuguesa*, in *Julgár*, número especial, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 227

²³ *Idem*, p. 239

²⁴ *Código Civil Anotado*, (nota 2), p. 206

de forma. O artigo que regula o mandato com vista a acompanhamento também não impõe qualquer forma. Porém, o seu número 2 remete para o regime geral, e aqui encontramos no artigo 1178º do Código Civil – que regula o mandato com poderes de representação – uma remissão para os artigos 258º e seguintes do mesmo Código. Ora, o artigo 262º impõe que a procuração revista a forma exigida para o negócio a realizar. Assim, se do mandato com vista a acompanhamento constarem poderes de representação para a venda de um determinado bem imóvel, o mandato terá de ser formalizado por documento autêntico ou autenticado.

Esta ausência de um formalismo mais claro parece-nos pouco e não alcançamos os benefícios dessa omissão. Se atentarmos aos Direitos que se pretendem acautelar com esta mudança de paradigma, cremos que seria mais avisado o legislador vir a exigir pelo menos a forma escrita. Seria esta um meio para acautelar o cumprimento da “vontade clara e inequívoca do outorgante”, retomando o exemplo da procuração de cuidados de saúde, que cremos aplicar-se bem ao caso (ainda que a Lei que a regula, nesta matéria ter sido igualmente infeliz²⁵).

Na verdade, ainda que actual paradigma acentue a capacidade em detrimento da incapacidade e da sua durabilidade, o mandato com vista a acompanhamento pode ser o último acto praticado por uma pessoa antes de se tornar incapaz, provavelmente num quadro de maior debilidade. Entendemos, por isso, que lhe deveria ser dado um tratamento, no que diz respeito à forma, do que ora nos ocupamos, mais próximo do testamento – uma forma mais solene.

Se tomarmos como exemplo as procurações, impropriamente, denominadas irrevogáveis, aque-

las que são conferidas também no interesse do mandatário ou de terceiro, vemos que terão de ser formalizadas, por instrumento público, permanecendo estas ainda uma competência exclusiva do Notário, prevista no número 2 do artigo 116º do Código do Notariado. Perguntamos, então, se os valores que se visam proteger com a nova figura do mandato com vista a acompanhamento não serão mais ou tão importantes como aqueles que se salvaguardam com aquelas procurações? Lembramos, apenas que, como estipula o Estatuto do Notariado e o Código do Notariado, este no número 1 do seu artigo 4º, “compete, em geral, ao notário redigir o instrumento público conforme a vontade das partes, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-as do seu valor e alcance”. Sendo juízes em causa própria, é certo, não podemos deixar de defender a atribuição de actos como o mandato com vista a acompanhamento também as directivas antecipadas de vontade (seja sob a forma de testamento vital ou procuração de cuidados de saúde) como competência exclusiva dos Notários.

II.VI – A produção de efeitos

Chegados aqui, como que encontramos o mandato com vista a acompanhamento concluído, celebrado: as partes, o objecto e a forma. É, então, legítimo questionarmo-nos quando é que aquele começa a produzir efeitos.

Se olharmos ao ordenamento jurídico da Província do Québec e de França, encontramos diferentes soluções. Naquela é necessário um processo judicial de homologação do mandato²⁶; nesta, ainda que o mandato produza efeitos logo que o mandante se torne incapaz, é necessário um acto adminis-

²⁵ VÍTOR, Paula Távora, (nota 22), p. 246

²⁶ LEPAGE, Caroline, (nota 13), p. 370

trativo junto da secretaria do tribunal. O mandatário deve, junto do funcionário judicial, apresentar o mandato e um atestado médico comprovando a incapacidade, para que este o vise e aponha a data de produção de efeitos.

O legislador português não determinou expressamente o momento da produção de efeitos do mandato com vista a acompanhamento, havendo aquela de se verificar quando, como ensina Paula Távora Vítor²⁷, o mandante se encontrar numa situação de necessidade de protecção, de vulnerabilidade, podendo o próprio definir, como dissemos, as condições de exercício do mandato e, nesta medida, o início da produção dos seus efeitos.

Também diversamente do que ocorre com os ordenamentos jurídicos que atrás aludimos neste ponto, não há qualquer controlo judicial do exercício do mandato, não sendo fiscalizada a actuação do mandatário, não tendo este, por lei, que prestar contas. Contudo, se vier a ser decretado o acompanhamento, o Tribunal, nos termos do número três do artigo 156º do Código Civil, “aproveita o mandato” e “tem-no em conta na definição do âmbito da protecção e na designação do acompanhante”.

Esta ausência de controlo parece-nos perigosa. Na verdade, se a regra geral do mandato, nos termos número 2 do artigo 1175º do Código Civil, é que a sentença de acompanhamento o faz caducar, nos casos do mandato com vista acompanhamento deveriam estar previstas medidas de controlo de actuação do mandatário. Não ignoramos que este há-de ter sido escolhido pelo mandante, com base em critérios de confiança e proximidade, mas Caroline Lepage também nota os casos de abuso e de má administração do património dos incapazes²⁸. Também a Convenção sobre os Direitos das Pessoas

com Deficiência, no número 4 do seu artigo 12º, vem exigir que os Estados Partes garantam, relativamente às medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica, a prevenção do abuso, a isenção de conflitos de interesse, as influências indevidas e um controlo periódico.

Assim, do que vimos de expor, parece-nos que seria prudente uma vigilância (não tanto um controlo!) por parte do tribunal ou de um organismo com competências atribuídas nessa medida, que pudesse acautelar de forma imparcial os interesses do mandante, e assim vigiasse a actuação do mandatário.

II.VII – A extinção do mandato com vista a acompanhamento

O artigo 156º de que nos temos vindo a ocupar, no seu número 2, tem a expressa previsão de que o mandato “é livremente revogável pelo mandante”. Na verdade, a mudança de paradigma de um sistema mais rígido, para outro mais flexível e respeitador da vontade da pessoa que necessita da protecção de medidas de acompanhamento, não poderia prever outra situação que não fosse a revogabilidade pelo mandante. Esta pressupõe um mandante capaz, na medida das exigências imprescindíveis à compreensão dos efeitos da revogabilidade.

Porém, nada se refere no artigo quanto à livre renúncia pelo mandatário. E compreende-se que assim seja, contrariamente ao que vigora no regime especial do mandato – artigo 1170º do Código Civil – para que o mandante não fique numa situação de vulnerabilidade, sem protecção²⁹. Contudo, esta solução não nos parece a mais acertada, na medida em que pode ocorrer a circunstância de o exercício do mandato, pelo mandatário, se tornar dema-

²⁷ *Código Civil Anotado*, (nota 2), p. 206

²⁸ . LEPAGE, Caroline, (nota 13), p. 349

²⁹ *Código Civil Anotado*, (nota 2), p. 208

siado penoso, por exemplo por motivos de idade ou doença, quem sabe até com grandes danos para a sua vida pessoal e familiar. Assim, havia de estar prevista a exigência do mandante designar substituto ao mandatário, para que não fique aquele sem protecção, nem este com uma tarefa que se torne para ele difícil de cumprir. Esta é também uma das práticas que aconselha a Notária Caroline Lepage³⁰; cabe esta possibilidade na definição dos elementos do mandato e das condições de exercício do mesmo (artigo 156º/2).

Para além da livre revogabilidade do mandato com vista a acompanhamento por parte do mandante, os números 3 e 4 do mesmo artigo 156º, preveem a hipótese da cessação do mandato por via judicial. Na verdade, aquele número estatui que o tribunal, no momento em que é decretado o acompanhamento, aproveite o mandato apenas em parte, resultando assim extinto quanto à parte restante. Já o número 4 prevê expressamente a extinção do mandato por via judicial, e transcrevemos, “quando seja razoável presumir que a vontade do mandante seria a de o revogar”. Uma vez mais o legislador sobrepõe a vontade do mandante, dá-lhe primazia, ao permitir a revogação do mandato com vista a acompanhamento – um instrumento da vontade deste – quando existam indícios de que essa seria a sua escolha, se a pudesse, de forma livre e inequívoca, exprimir.

³⁰ LEPAGE, Caroline, (nota 13), 359 : «*Il est également de bonne pratique de nommer un remplaçant au mandataire, advenant toute situation où celui-ci ne voudrait ou ne pourrait agir comme représentant au moment de la survenance de l'incapacité du mandant* ».

Conclusão

Concluimos, por agora, este nosso estudo sobre o mandato com vista a acompanhamento. Muito ficou por escrever, designadamente sobre uma análise mais profunda das figuras similares previstas noutros ordenamentos jurídicos, mas cremos que o nosso objetivo foi cumprido, na medida em que nos sentimos mais ricos enquanto juristas e principalmente como Notários. De facto, este estudo, ao obrigar-nos a debruçarmo-nos sobre as partes envolvidas na formação de um mandato com vista a acompanhamento, sobre o conteúdo, forma, produção de efeitos e extinção deste, colocou no horizonte das soluções possíveis, uma mais! Acreditamos que o mandato com vista a acompanhamento pode ser uma resposta eficaz para as necessidades dos que buscam soluções para o caso de se tornarem incapazes, ainda que não isento de lhe serem apontadas algumas lacunas e críticas, como tentámos deixar claro na nossa reflexão.

Agora que este estudo nos permitiu ficarmos a conhecer melhor este novo instrumento do nosso Direito, estamos mais confiantes para o oferecer como solução, reconhecendo que faz falta ao cidadão ter uma ideia clara da existência e alcance do mandato com vista a acompanhamento. Cabe-nos a nós, profissionais do Direito dá-lo a conhecer e contribuir para o seu aperfeiçoamento!

Este artigo foi redigido seguindo a grafia anterior ao AO.

O MAIOR ACOMPANHADO E AS MEDIDAS DE APOIO (*)

Lina Castro Baptista

Juíza Desembargadora e Coordenadora Regional Norte do Centro de Estudos Judiciários

Resumo: *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) tem como propósito central a defesa da autonomia das pessoas com capacidade diminuída, exigindo que se determine em que pontos as mesmas necessitam de apoio, para efeitos de estabelecimento de um sistema de “decisões apoiadas”. A reforma portuguesa operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, sendo incompleta e pouco clara, necessita de ser lida à luz dos princípios e regras da CDPD. A actuação legal deve orientar-se pelas necessidades e interesses concretos do acompanhado, removendo as barreiras sociais existentes e seguindo as suas vontades e preferências.*

Palavras-Chave: *protecção legal do maior acompanhado; CDPD; autonomia da pessoa com capacidade diminuída; princípio da necessidade; decisões apoiadas; remoção de barreiras sociais; vontades e preferências do acompanhado.*

Abstract: *The aim of the UN Convention on the Rights of Person with Disabilities is to strengthen autonomy of persons with disabilities and its primary purpose is to determine in which matters the person concerned needs support, giving them “Supported decisions”. The adult protection law created by the 2018 reform, being incomplete and unclear, need to be read in the sense of the UNCRPD. It is necessary to act legally on behalf of the adult, removing social barriers and acting following person’s will and preferences.*

Keywords: *adult protection law; UNCRPD; autonomy of persons with disabilities; the principle of necessity; supported decision-making; removing social barriers; respect for will and preferences.*

(*) Este texto corresponde, no essencial, à minha apresentação, enquanto formadora, no Curso de Formação Avançada “O Regime Jurídico do Maior Acompanhado: o estado da arte”, que decorreu à distância no dia 03 de Fevereiro de 2023.

a) Introdução

A Lei n.º 49/2018, de 14/08 veio introduzir no nosso ordenamento jurídico o regime jurídico dos “Maiores Acompanhados”¹, eliminando o pretérito regime jurídico da interdição e da inabilitação.

A adopção de instrumentos internacionais nesta área, em especial a “Convenção das Nações Unidas de 30 de Março de 2007, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, adoptada em Nova Iorque², as reformas introduzidas em vários ordenamentos europeus neste domínio, os avanços da medicina e da farmacologia e a evolução demográfica, económica e social no nosso país, demonstraram a desadequação à realidade do regime então vigente e tornaram premente a reforma do regime das “incapacidades dos maiores”.

A “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (CDPD) representou uma verdadeira revolução na matéria, vindo realçar e valorizar, de forma marcante, a autonomia, a capacidade e os direitos das pessoas com “deficiências”, poten-

¹ Segundo a nomenclatura escolhida pelo legislador.

² Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 07 de Maio (DR 1.ª Série, n.º 146 de 30/07/2009) e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho. Foi igualmente aprovado e ratificado o Protocolo Opcional da Convenção pela Resolução da Assembleia de República n.º 57/2009, de 07 de Maio e pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 Julho.

ciando uma mudança de mentalidades³. Do respectivo preâmbulo consta – com particular relevo para o objecto do presente trabalho – que se reconhece a importância para as pessoas com deficiência da sua autonomia e independência individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas. Bem como a importância da acessibilidade ao ambiente físico, social, económico e cultural, à saúde e educação e à informação e comunicação, ao permitir às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Tal como se explica no Parecer do “Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴. “Na Convenção, a abordagem à deficiência do ponto de vista dos direitos humanos reflecte uma mudança de paradigma nas atitudes e abordagens para com estas pessoas, passando o foco de intervenção para as barreiras sociais, culturais, políticas e económicas que impedem o acesso aos serviços e aos direitos. Estas pessoas deixam de ser objecto de caridade, tratamento médico e protecção pessoal para serem sujeitos de direitos, capazes de tomar decisões e participar na sociedade em igualdade com todas as outras pessoas.”⁵

³ Joaquim Correia Gomes, “Os direitos humanos e o maior (des) acompanhado: causas e medidas de capacitação” in *Julgar*, Maio-Agosto 2020, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 49) defende tratar-se da primeira declaração de direitos humanos do século XXI.

⁴ Disponível em [link de acesso](#) e consultado em 25/01/23.

⁵ Já anteriormente a Carta Social Europeia, de 1996 alude, no respectivo art. 15.º, à necessidade de garantir às pessoas com deficiência, independentemente da sua idade, da natureza e da origem da sua deficiência, o exercício efectivo do direito à autonomia, à integração social e à participação na vida em comunidade. Por outro lado, a Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa, adoptada em 23 de Fevereiro de 1999, estabeleceu princípios tendentes à protecção dos adultos incapazes, designadamente o princípio da flexibilidade na resposta jurídica, o princípio da máxima preservação da capacidade do beneficiário, o princípio da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade, o princípio do respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa e o princípio da prevalência dos interesses e bem-estar do incapaz.

Na doutrina e jurisprudência portuguesa foram surgindo, quer antes, quer depois da ratificação daquela Convenção, e de forma crescente, críticas à rigidez e automatismo da legislação então disciplinadora dos regimes jurídicos da interdição e inabilitação, questionando a própria conformidade constitucional da mesma⁶.

Entretanto, a Comissão emergente do Protocolo Adicional à “Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência”, em documento datado de 20 de Maio de 2016⁷, fez consignar as observações finais ao relatório inicial de Portugal, de onde consta, com particular relevo, preocupação que um largo número de pessoas com deficiências estejam sujeitas a total ou parcial tutela e, por isso, privados de direitos como o direito ao voto, a casar, a formar família ou governar bens. Recomenda que o Estado português elimine os actuais regimes de total ou parcial tutela, segundo os quais a pessoa permanece sem capacidade legal ou com capacidade reduzida e desenvolva sistemas de tomada de decisão assistida, para permitir e promover a realização dos direitos das pessoas com deficiência, de acordo com o art. 12.º da Convenção.

Tais alterações ao regime legal das pessoas com deficiências encontravam já acolhimento directo na Constituição da República Portuguesa (CR Portuguesa), o que facilitava a introdução das modificações ne-

⁶ Cita-se, a título exemplificativo, a opinião de Alexandra Chicharo das Neves (“Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência” in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 140, Outubro-Dezembro de 2014, 111): “(...) devido à inter-relação dos vários direitos fundamentais já referidos e o direito à vida sexual, à procriação, ao casamento, à perfilhação, à adopção e ao exercício das responsabilidades parentais, a limitação genérica daqueles direitos relativamente às pessoas com deficiência física, sensorial, intelectual ou mental, tal como se encontra consagrada no actual regime jurídico, é susceptível de se revelar inconstitucional quando aplicada a uma pessoa com aptidões naquelas áreas da vida.”

⁷ Disponível em http://tbinetnet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5, no dia 17/01/23.

cessárias na lei ordinária e dava consistência às teses de inconstitucionalidade da lei então em vigor.

Com efeito, esta, no capítulo dos “Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais”, determina, desde data anterior à da ratificação da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.” (cf. art. 26.º). Bem como, em emanação do princípio geral da igualdade, no art. 71.º, n.º 1, que “Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.”⁸

Paralelamente grande partes dos constitucionalistas defendem a coexistência de direitos fundamentais igualmente em leis ordinárias, designadamente no art. 67.º do Código Civil (C Civil) que, sob a epígrafe “Capacidade jurídica”, estatui que “As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica.”⁹

⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa* Anotada, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 879) já em 2014 explicavam este preceito constitucional da seguinte forma: “Trata-se, pois, antes de tudo, de um direito de igualdade, de um direito a não serem vítimas de uma capitis diminutio, não podendo ser privados de direitos, ou ver os seus direitos restringidos por motivo de deficiência, para além daquilo que seja consequência forçosa da deficiência (n.º1); mas trata-se também, explicitamente (...) de um duplo direito positivo face ao Estado: de um lado, um direito ao tratamento e à reabilitação da sua deficiência (...) e, de outro lado, um direito à protecção do Estado para a «efectiva realização dos seus direitos» de cidadãos (...)”. Aliás, na legislação nacional foi-se progressivamente dando crescente ênfase à defesa da autonomia pessoal das pessoas com capacidade diminuída, designadamente no “Regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência” (art. 7.º da Lei n.º 38/2004, de 18/08) e no “Modelo de Apoio à Vida Independente” (art. 4.º do D.L. n.º 129/2017, de 06/10).

⁹ Tal como refere Luísa Neto (“Vulnerabilidade e capacidade de

Perante as recentes teses de qualificação das normas constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias como auto-suficientes, isto é, directamente aplicáveis, o aplicador do Direito poderia, independentemente da ocorrência de alterações infraconstitucionais, aplicar directamente quer a CDPD, quer a CR Portuguesa, ainda que para lá da lei ou em contrário das estatuições desta¹⁰.

Para além deste “desajuste” legal, a realidade social do nosso país veio enfatizar as desconformidades do regime legal anteriormente vigente. Efectivamente, nos últimos anos, verificou-se em Portugal um aumento expressivo da esperança de vida, com um marcante envelhecimento da população. Neste contexto, ocorreu um aumento bastante destacado de doenças neuro degenerativas, com particular realce para o aumento do número de doentes idosos com Alzheimer e com Parkinson e as limitações à capacidade a estas associadas. Noutra vertente, todas estas situações de capacidades diminuídas foram sendo agudizadas por um fenómeno, comum a todas as sociedades ditas desenvolvidas, de relaxamento dos laços familiares.

gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto.” in *Autonomia e Capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, publicação correspondente a Actas do Seminário, 2018, Porto, Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/livro-actas-seminarioautonomiaecapacitacao_1055.pdf e consultado em 22/01/23) “A afinidade entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais emerge primeiramente da parcial sobreposição ao nível da pessoa humana de dois planos jurídico-gnosiológicos: o de direito civil, onde se fundam os direitos de personalidade, e o de direito constitucional, de onde irradiam direitos fundamentais.”

¹⁰ Citando Vieira de Andrade (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010): “(...) o princípio da aplicabilidade directa valerá como indicador da exequibilidade potencial das normas constitucionais, presumindo-se a sua «perfeição», isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter determinável do respectivo conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.”

Impõe-se, portanto, concluir que a reforma operada pela Lei n.º 49/2018, de 14/08 era absolutamente premente, tendo pecado, aliás, pelo momento tardio da sua aprovação.

b) Princípio da Necessidade

Partindo do princípio de que as medidas de acompanhamento são sempre excepcionais e suplementares, importa, num primeiro momento, aferir da necessidade de aplicação ao caso concreto de uma medida de acompanhamento.

Desde logo, a lei actual, no n.º 2 do art. 140.º do C Civil, dispõe não haver lugar à aplicação de qualquer medida “(...) sempre que o seu objectivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam.” Tais deveres são os consagrados no art. 1874.º relativamente a pais e filhos e nos art.s 1674.º e 1675.º, todos do C Civil, quanto aos cônjuges.

Compreendemos e concordamos que a lei queira privilegiar os modelos informais e menos intrusivos, promovendo a rede de prestação de cuidados nas estruturas familiares, a capacidade de auto-ajuda das famílias e a cooperação entre os seus membros¹¹. Aliás, em nosso entendimento, estes deveres deveriam ser consagrados paralelamente para as situações de união de facto e de pessoas que vivem em economia comum, o que se conseguiria facilmente com a consagração nos respectivos regimes legais destes mesmos deveres de cooperação e de assistência¹².

Noutra perspectiva, estamos conscientes de que o direito do beneficiário de não recorrer a meios de apoio formais se inclui na esfera da sua autonomia privada, constitucionalmente protegida. A sua opção poderá ser alternativa e validamente a de escolher um ou vários familiares ou amigos para informalmente o apoiarem, a de escolher meios de apoio comunitários ou até a de celebrar contratos jurídicos vários, tendo por objecto a superação das suas debilidades.

No entanto, concordamos com Margarida Paz¹³ ao referir que “(...) na análise da necessidade, ou não, da medida de acompanhamento judicialmente decretada, deve ser ponderado com muita cautela se, ainda que se verifiquem em abstracto os deveres de cooperação e assistência, o maior é devida e efectivamente assistido, estando assegurado o seu bem-estar, a sua recuperação, assim como o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres.”. Ou seja, afigura-se-nos que é importante que se diligencia no sentido de sindicar a efectividade e a adequação das medidas informais existentes.

Entendemos, assim, que, pelo menos nos casos mais graves de capacidade diminuída, muitas vezes a melhor forma de proteger o visado será o Ministério Público promover uma decisão judicial em sede de processo de acompanhamento de maior. Com esta decisão, ainda que eventualmente se limite a manter a situação social pré-existente, ficará instituído um sistema de controlo, quer das medidas mais adequadas em cada momento, quer da execução das mesmas pelo acompanhante.

¹¹ É relevante ter em conta que o art. 8.º da CDPD impõe – entre o mais – que “1 - Os Estados Parte comprometem-se a adoptar medidas imediatas, efectivas e apropriadas para: a) Sensibilizar a sociedade, incluindo a nível familiar, relativamente às pessoas com deficiência e a fomentar o respeito pelos seus direitos e dignidade (...).”

¹² Designadamente na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (na redacção da Lei n.º 71/2018, de 31/12) e na Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio (na redacção da Lei n.º 82-E/2015, de 31/12).

¹³ “O Ministério Público e o Novo Regime do Maior Acompanhado” in “E-book *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Coleção Formação Contínua, Fevereiro de 2019, Centro de Estudos Judiciários, disponível em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=nsidISL_rE%3D&portalid=30, consultado em 17/01/23. No mesmo sentido, veja-se Nuno Lopes Ribeiro “O maior acompanhado. Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto” in E-book *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Coleção Formação Contínua, Fevereiro de 2019, Centro de Estudos Judiciários, disponível em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=nsidISL_rE%3D&portalid=30, consultado em 17/01/23).

Ainda em sede de delimitação negativa, o actual regime prevê, no art. 156.º do C Civil, de forma totalmente inovadora e inspirada no princípio da autonomia privada, o mandato com vista a acompanhamento, nos termos do qual o maior pode, prevenindo uma eventual necessidade futura de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, indicando quem o representará em sede de processo de acompanhamento de maior e que poderes lhe atribui¹⁴. Complementarmente o Código de Processo Civil (CP Civil) determina, no art. 900.º, n.º 3, que a sentença que decretar as medidas de acompanhamento deverá “acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado.”¹⁵

Trata-se de um esquema legal pensado especialmente para as situações de doenças degenerativas e a lançar mão quando a pessoa “ainda” se encontra totalmente capaz, mas tem, infelizmente, perspectivas de vir a perder gradualmente as suas capacidades.

Tal mandato não tem qualquer delimitação ao nível do objecto, limitando-se a lei a aludir genericamente à “gestão dos seus interesses”, abarcando potencialmente, portanto, matérias atinentes ao exercício de direitos pessoais e/ou matérias respeitantes a questões patrimoniais.

A forma exigível para a celebração deste mandato, por remissão para as regras gerais do C Civil, dependerá da existência ou não de poderes de representação e, por outro lado, dos negócios jurídicos incluídos no seu objecto.

A existência de um contrato com estas características, novamente à luz do princípio da subsidiarie-

dade, poderá substituir ou prejudicar parcialmente a aplicação de medidas de acompanhamento e deverá igualmente ser atendido em concreto em sede de escolha do acompanhante.

O n.º 4 deste art. 156.º do C Civil contém uma cláusula de protecção do beneficiário, prevendo que “O tribunal pode fazer cessar o mandato, quando seja razoável presumir que a vontade do mandante seria de o revogar.” A justificação para a inserção desta possibilidade de fazer cessar o mandato está apresentada no Estudo de Política Legislativa elaborado por Menezes Cordeiro e Pinto Monteiro¹⁶ nos seguintes termos: “(...) há riscos sérios envolvidos nesta figura à primeira vista aliciante. Nas primeiras fases da demência, o visado vai perdendo a sua vontade, sendo sugestionável. O mandato pode ser sugerido ou, mesmo, subtraído por qualquer familiar ou pessoa próxima, sem fins (totalmente) altruístas; além disso, uma vez passado, não há controlo quanto ao seu exercício. A solução, pelo prisma da defesa dos interesses do visado e da possível conciliação com a sua livre determinação é a da sujeição do mandato ao tribunal que deva optar pelo acompanhamento. Aí, com contraditório, pareceres clínicos e todo o tipo de prova, o juiz poderá decidir pela manutenção, pela alteração ou pela caducidade do mandato.”

Ainda a este respeito, cumpre referir que a compatibilização do art. 156.º do C Civil (na parte em que se limita a prescrever que o mandato é livremente revogável pelo mandante) com o art. 1170.º do mesmo Código (ao consagrar a regra da livre revogabilidade do mandato por qualquer das partes) não é linear: as duas opções possíveis são a de se entender que o art. 156.º constitui uma regra especial

¹⁴ Está consagrado idêntico regime legal no art. 11.º da Lei n.º 25/2012, de 16/07, que regula as “Directivas Antecipadas de Vontade e do Testamento Vital”.

¹⁵ É defensável a possibilidade de instituição de outros mecanismos legais paralelos, tais como um contrato-promessa de alimentos (cf. art. 410.º do C Civil) ou a instituição de uma substituição fideicomissária (cf. art. 2286.º e ss. do C Civil)

¹⁶ In *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, disponível em https://www.smp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf, consultado em 24/01/23).

perante o regime geral do contrato de mandato e que, através desta, se quis limitar a possibilidade de revogação do mandato ao beneficiário¹⁷ ou a de se entender que o art. 156.º só pretendeu disciplinar o regime sob a perspectiva do regime do maior acompanhado, deixando a demais regulamentação para o regime geral do contrato em causa, aplicando-se, designadamente, a estatuição deste art. 1170.º quanto à livre revogação pelo mandatário.

Atrevemo-nos a sugerir uma interpretação intermédia, à luz dos princípios da protecção da confiança¹⁸ e da segurança do comércio jurídico e, em concreto, dos interesses do beneficiário que optou por celebrar um contrato com estas características. Ponderando estes princípios e interesses, entendemos que o mandato será livremente revogável pelo mandatário enquanto o mandante se mantiver totalmente capaz. Diversamente, a partir do momento em que o mandante fique com capacidade diminuída, o mandatário perderá a possibilidade de lançar mão da revogação unilateral, face aos interesses preponderantes do outorgante e à circunstância de este ter deixado de ter capacidade para substituir o mandatário.

Terminada esta delimitação negativa, temos que, em termos absolutamente inovadores, o art. 141.º do C Civil atribui a legitimidade activa para intentar a acção de acompanhamento de maior ao próprio beneficiário ou, mediante a sua autorização, ao seu cônjuge, unido de facto ou qualquer

parente sucessível, os quais, na sequência de tal autorização, assumem a posição de parte principal na acção¹⁹. Procura-se, desta forma, salvaguardar, uma vez mais, o primado da vontade do beneficiário, em sintonia com as orientações internacionais, designadamente da CDPD.

Esta “autorização” para requerer o acompanhamento assume a forma de um negócio jurídico unilateral, sujeito à regra geral da liberdade de forma (cf. art. 219.º do C Civil), sendo, todavia, sensato que assuma a forma escrita.

A apresentação em juízo desta “autorização” pode suscitar dúvidas quanto à capacidade do beneficiário para a prática do acto ou até quanto à sua fidedignidade, devendo, sempre que tal ocorra, aferir-se da respectiva validade substantiva na fase preliminar do processo, se necessário com a audição do beneficiário ou com a produção de outras provas.

Em excepção a esta regra central de legitimidade, a lei concede ao tribunal a possibilidade de suprir a autorização do beneficiário “(...) quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível.”, a pedido de algum parente sucessível (cf. art. 141.º, n.º 2, do C Civil).

O suprimento do consentimento exige, como é evidente, a prova, na primeira situação, de que o beneficiário não tem capacidade de compreender e avaliar o objecto, o fim e o alcance da acção de acompanhamento de maior e, na segunda, de que as razões de oposição do acompanhado à instauração da acção são objectivamente não atendíveis ou irrelevantes²⁰.

¹⁷ Veja-se, neste sentido, Paula Távora Vítor (*Código Civil Anotado com coordenação de Ana Prata*, Coimbra, Almedina, 2019, 203).

¹⁸ O princípio da tutela da confiança, alicerçado na boa-fé e em exigências éticas e sociais elementares, obriga a dispensar protecção a certa pessoa que, perante a postura de outra, é levada a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. Tal como advoga Menezes Cordeiro (“A boa fé nos finais do século XX” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, Vol. III, 1996, 887 e s.) “A primazia da materialidade subjacente recorda que o Direito não se limita a actuações rituais: ele pretende, de facto, a prossecução de determinados valores materiais, que estão subjacentes às diversas normas. Assim, serão contrárias à boa fé as actuações que apenas respeitem a exterioridade formal no Direito, desprezando os seus valores mais profundos.”

¹⁹ Tendo-se adaptado em conformidade as regras da capacidade judiciária, designadamente do art. 16.º do CP Civil.

²⁰ Decidiu-se, de forma paradigmática, um caso de ilegitimidade do requerente no Acórdão da Relação do Porto de 29-04-2021, tendo como Relator Filipe Carço (proferido no Processo n.º 4254/19.0T8MTS.P1 e disponível em <http://www.dgsi.pt> em 08/01/2023): “O tribunal não pode suprir a falta de autorização do beneficiário para a instauração de acção pelo filho se concluir que aquele, apesar de ter mais de 80 anos de idade, estava e

O Ministério Público tem legitimidade autónoma para instaurar acções de acompanhamento de maior, face às atribuições que lhe competem de, entre o mais, “Assumir, nos termos da lei, a defesa e a promoção dos direitos e interesses das crianças, jovens, idosos, adultos com capacidade diminuída, bem como de outras pessoas especialmente vulneráveis.” (cf. art. 4.º, n.º 1, alínea i), da Lei n.º 68/2019, de 27/08 – Estatuto do Ministério Público).²¹

Em termos substantivos, o art. 138.º do C Civil, com o fito de definir o círculo dos destinatários das medidas, determina que beneficia das medidas de acompanhamento “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer plena pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (...)”.

Esta disposição legal, absolutamente central no actual regime do maior acompanhado optou, e bem, por não apresentar uma lista de possíveis situações de capacidades diminuídas, já que estamos perante uma realidade em constante evolução. Contudo, a forma pouco clara da sua estatuição levanta um conjunto de dúvidas interpretativas.

Desde logo, parece evidente que a lei, ao aludir a “razões de saúde”, pretende, ao invés, reportar-se a razões de doença. Recorrendo às palavras de Joaquim Correia Gomes²² “(...) começamos por constatar que o legislador foi desajeitado na enunciação

desta causa objectiva, porquanto certamente queria referir-se à privação ou escassez de saúde, ou seja, à doença. E não propriamente a toda a doença, mas àquela que influencia a capacidade jurídica de uma pessoa, o exercício dos seus direitos e cumprimento dos seus deveres.”

Dando esta noção como assente, facilmente, num passo subsequente, verificamos que as “razões de deficiência”, ainda que muitas vezes tenham a sua origem última em “razões de doença”, assentam estruturalmente em razões de funcionalidade biológica.

A CDPD não apresenta qualquer definição de «deficiência», sendo que o seu art. 1.º se limita a indicar que as “pessoas com deficiência” incluem “aquelas que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.” Ou seja, trata-se assumidamente de uma norma exemplificativa.

Podemos, contudo e como elemento de auxílio, recorrer à definição constante do art. 2 da Lei n.º 38/2004, de 18/08, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, que define: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas. O aspecto mais marcante a reter é, pois, o de que, em superação do anterior modelo médico, se deve actualmente analisar a deficiência com base num modelo social, no sentido da existência de vulnerabilidades na interacção do visado com o meio social.

está em condições de a dar livre e conscientemente, designadamente se está também em condições de gerir, de modo livre e consciente, o seu património, sem perturbação neuropsiquiátrica. Pedido o suprimento da autorização do Requerido na própria acção e faltando a prova do respectivo fundamento, a instância deve ser julgada extinta por ilegitimidade do requerente (art. 141.º, n.º 2, do Código Civil), não se conhecendo do mérito da causa.”

²¹ Aliás, o Ministério Público terá sempre intervenção processual, seja como Requerido se a acção for proposta pelo próprio beneficiário, seja como Requerente se a acção vier a ser proposta por si ou, pelo menos, em termos de intervenção acessória (cf. art. 5.º, n.º 4, do Estatuto do Ministério Público).

²² In “Os direitos humanos e o maior (des)acompanhado: causas e medidas de capacitação” (nota 3), 67.

A densificação da terceira categoria das perturbações comportamentais é a mais problemática. A doutrina vem, desde a vigência do pretérito regime legal, incluindo na mesma situações de comportamentos pródigos e dependências de álcool e estupefacientes. Mais recentemente vem-se incluindo igualmente comportamentos compulsivos relacionados, por exemplo, com a dependência de jogos electrónicos ou com a adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio e para terceiros²³.

No entanto, a mera adopção de algum destes comportamentos pode (o que ocorre com muita frequência) não ter gravidade suficiente para constituir causa de sujeição a um processo de acompanhamento de maior. Deve, pois, entender-se que tais comportamentos serão juridicamente relevantes apenas e enquanto forem geradores de uma doença mental ou neurológica^{24 25}.

Avançando, temos que, independentemente da causa, o critério decisivo para aferir da necessidade de aplicação de uma medida de acompanhamento concreta é, na lei actual, a possibilidade ou impossibilidade de o beneficiário exercer conscientemente os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

²³ Como defendem, designadamente, Nuno Luís Lopes Ribeiro (nota 13) e Menezes Cordeiro e Pinto Monteiro (nota 16).

²⁴ Veja-se, neste sentido, Joaquim Correia Gomes (“Os direitos e o maior (des)acompanhado: causas e efeitos de capacitação” (nota 3), 69 e ss.), Paula Távora Vítor (“Os novos regimes de protecção das pessoas com capacidade diminuída” in *Autonomia e Capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, publicação correspondente a Actas do Seminário, 2018, Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/livro-actas-seminarioautonomiaecapacitacao_1055.pdf, consultado em 22/01/2023) e Ema Conde, Bruno Francas e Fernando Vieira (in “O maior (des)acompanhado e as perícias médico-legais”, *Julgar*, AA.VV., n.º 41, Maio-Agosto 2020, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 131).

²⁵ Veja-se, numa apreciação em termos de delimitação negativa, o interessante Acórdão da Relação do Porto de 29-04-2021, tendo como Relator Filipe Carçoço (nota 20), onde se decidiu que “Uma mudança significativa de comportamento de um homem com mais de 80 anos, que casa de novo, com uma mulher cerca de 30 anos mais nova e passa a gastar a sua poupança acumulada ao longo de anos, sendo ele pessoa sã do ponto de vista neuropsiquiátrico, não traduz necessariamente um caso de prodigalidade relevante para efeitos de acompanhamento.”

A filosofia da lei evoluiu dos critérios clínicos para um critério social, equivalente à impossibilidade de cumprimento das obrigações jurídicas, em sentido lato.

Em concreto, exige-se que a doença, deficiência ou comportamento perturbem, como consequência, as faculdades cognitivas ou volitivas do beneficiário, por forma a impedir a compreensão, a capacidade de decisão ou de exercício dos seus direitos jurídicos e/ou a compreensão ou a capacidade de cumprimento dos deveres jurídicos²⁶.

Perante este quadro legal, ficarão, desde logo, excluídas diversas situações de patologias de ordem física, psíquica ou mental que, em face dos avanços da medicina e da existência, hoje em dia, de inúmeras terapêuticas medicamentosas eficazes, deixaram de afectar a capacidade cognitiva ou volitiva do beneficiário.

Ficam, da mesma forma, excluídas todas as situações de limitações sensoriais, designadamente cegueira ou surdez-mudez, que anteriormente vinham tipicamente previstas no antigo art. 138.º do C Civil. Nestas situações estamos tão-só perante limitações de exteriorização ou de execução das pretensões dos visados e não em face de limitações das faculdades cognitivas ou volitivas. Tais pessoas deverão ser objecto, se necessário, de medidas assistenciais.

A redacção deste art. 138.º do C Civil levanta uma outra dúvida interpretativa adicional ao aludir ao maior impossibilitado de exercer de forma “ple-

²⁶ Explica, a este propósito, Mafalda Miranda Barbosa (in “Maiores Acompanhados: da Incapacidade à capacidade?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, Jan-Jun 2018, 239) que “Em causa está, portanto, a possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são. Por um lado, há-de ter as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do acto que vai praticar quando exerce o seu direito ou compre o seu dever. Por outro lado, há-de ter o suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré-entendimento da situação concreta que tenha. Em suma, trata-se da possibilidade de o sujeito se auto-determinar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres.”

na” os seus direitos ou de cumprir os seus direitos.

É indubitável que a interpretação literal do mesmo parece apontar para uma impossibilidade total, afastando todas as situações de impossibilidade parcial. No entanto, esta interpretação seria desconforme ao espírito da CDPD de dotar as pessoas com capacidade diminuída de esquemas de apoio na tomada de decisões e/ou de apoio na execução de decisões e, em concreto, à redacção do respectivo art. 12.º, n.º 3, que prevê expressamente que “Os Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica.”. Além disso, em termos práticos, redundaria numa redução extremamente drástica do âmbito de aplicação do regime legal, o que seria igualmente contrário ao espírito da Lei n.º 49/2018, de 14/08.

Afigura-se-nos que, neste particular, estamos somente perante uma redacção infeliz, que nem sequer estava no espírito do legislador. Aponta neste sentido designadamente a redacção do art. 1.º da CDPD ao aludir que “O objectivo da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos (...)”. A teleologia da norma terá sido, neste particular, a de submeter a acompanhamento as pessoas impossibilitadas de exercer “plenamente” os seus direitos ou de cumprir os seus deveres. Deverá, por inerência, interpretar-se esta parte da norma no sentido de que a sua estatuição é aplicável quer aos casos de impossibilidade plena, quer aos casos de impossibilidade parcial de exercer os direitos ou de cumprir os seus direitos.

Por fim, ao contrário do regime anterior, não se exige actualmente que qualquer das situações a tutelar ocorra com habitualidade e durabilidade, possibilitando que o regime legal se aplique a “meras” situações assumidamente transitórias.

Tal como explicam Eduardo Figueiredo e André Dias Pereira²⁷, apesar no art. 1.º da CDPD se empregue o termo “duradouras”, a “International Disability Caucus” e o próprio “Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência” já se pronunciaram no sentido de que a Convenção protege, igualmente, todas as pessoas com “incapacidades a curto prazo” (temporárias).

Deverá, contudo, exigir-se uma certa ideia de constância, uma situação de transitoriedade potencialmente alargada no tempo, sob pena de se banalizar a aplicação do regime legal.

Terminado o quadro interpretativo geral proposto para o art. 138.º do C Civil, é claro que, face ao carácter genérico da lei, estão agora abrangidas uma grande diversidade de situações, muitas delas não abrangidas pelo regime legal pretérito. Já não estamos circunscritos, como no regime anterior, ao governo da pessoa e dos bens, mas apenas balizados, como vimos, pela impossibilidade de exercer direitos e/ou de cumprir direitos, de forma total ou parcial. Além disso, deixamos de estar circunscritos a situações permanentes, passando a abarcar-se situações meramente transitórias.

Com particular relevo, cabem directamente no périmetro da lei actual as acima aludidas doenças neuro degenerativas típicas das pessoas mais idosas, designadamente o Alzheimer e o Parkinson e as limitações à capacidade a estas associadas.

c) Princípio da Proporcionalidade

Concluindo-se pela necessidade de aplicação de uma medida de acompanhamento, e já em sede de escolha da medida concreta, o art. 140.º do C Civil, sob a epígrafe de “Objectivo e supletividade”,

²⁷ “Artigo 1.º” in Joaquim Correia Gomes, Luísa Neto, Paula Távora Vítor, *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência - Comentário*, 2020, Imprensa Nacional, 38.

dispõe que “O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença.”.

Trata-se de uma redacção infeliz, na medida em que, ao aludir a “assegurar o bem-estar” e à “recuperação”, parece apelar ao ultrapassado paradigma de “protecção do incapaz” e ao modelo médico da deficiência.

Devemos, em sede de interpretação, apoiar-nos nos princípios e regras da CDPD, designadamente no seu art. 12.º, n.º 4, da CDPD, de onde decorre que as medidas devem sempre traduzir-se numa resposta específica e individualizada à situação concreta do beneficiário, ponderadas na perspectiva da sua capacitação e protecção e respeitando os seus direitos, vontade e preferências²⁸. O espírito é, em síntese, o da capacitação e integração do visado na sociedade: por via de regra, as pessoas com deficiências mantêm o direito à liberdade, à igualdade, à não discriminação e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Em face das suas maiores ou menores limitações físicas, psíquicas ou comportamentais, necessitam “apenas” de ser apoiadas, em maior ou menos grau.

O art. 145.º do C Civil apresenta uma enumeração não taxativa das medidas a aplicar, introduzindo uma marcante maleabilidade na decisão do caso concreto, uma vez mais em decorrência dos princípios gerais decorrentes da CDPD. Além disso, por remissão para as regras dos processos de jurisdição

voluntária, o juiz não está sequer vinculado à medida de acompanhamento que tiver sido pedida na acção, devendo escolher a medida que, finda a fase da produção de prova, entender mais adequada para o beneficiário²⁹.

Na escolha das medidas concretas deve atentar-se em que o art. 147.º, versando sobre a capacidade de exercício, estabelece a regra central de que, salvo decisão judicial em contrário e independentemente das medidas de acompanhamento aplicadas, o acompanhado mantém o exercício dos direitos pessoais e da celebração de negócios da vida corrente³⁰. Assim, a lei, numa formulação pela negativa, delimita que apenas se restrinja o exercício de direitos pessoais nas situações em que o beneficiário não tenha capacidade de entendimento ou de exercício dos mesmos, devendo tal restrição constar sempre especificadamente na decisão final³¹.

A lei optou por elencar as medidas tipicamente aplicáveis numa graduação de restrições progressivamente menos restritivas da capacidade de exercício de direitos do acompanhado. Além disso, ao contrário da filosofia e paradigma traçados pela CDPD,

²⁹ Atente-se em que o regime do maior acompanhado, apesar de ter a estrutura de um processo especial, segue os termos dos processos de jurisdição voluntária “com as necessárias adaptações”, especificamente quanto aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e ao valor das resoluções (cf. art. 891.º, 986.º, 987.º e 988.º, todos do Código de Processo Civil).

³⁰ A “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências” reporta-se especificamente aos direitos das s pessoas com deficiência elencando o acesso à Justiça (art. 13.º), à liberdade de circulação e nacionalidade (art. 18.º), a viver de forma independente e a ser incluídas na comunidade (art. 19.º), à liberdade de expressão e opinião e acesso à informação (art. 21.º), ao respeito pela privacidade (art. 22.º), ao respeito pelo domicílio e pela família (art. 23.º), à educação (art. 24.º), à saúde (art. 25.º), ao trabalho e emprego (art. 27.º), à participação na vida política e pública (art. 29.º) e à participação na vida cultural, recreação, lazer e desporto (art. 30.º).

³¹ Veja-se, a este propósito, o Acórdão da Relação de Lisboa de 11/12/2019, tendo como Relator Vaz Gomes (proferido no Processo n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2 e disponível em www.dgsi.pt no dia 26/01/2023) onde se decidiu que: “A sentença que decreta a medida de acompanhamento a favor do maior carecido não pode decretar uma interdição genérica e muito menos não fundamentada do exercício dos direitos pessoais.”

²⁸ Mariana Fontes da Costa (“O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência” in *Autonomia e Capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, publicação correspondente a Actas do Seminário, 2018, Centro de Investigação Jurídico-Económica, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/livro-actas-seminarioautonomiaeapacitacao_1055.pdf, consultado em 22/01/2023) realça que as medidas concretas aplicadas devem ser “(...) aptas a realizar ou contribuir para alcançar a superação das barreiras experimentadas por aquela pessoa concreta na sua interacção social, ao nível da tomada de decisões jurídicas e/ou ao nível da aptidão para executar as decisões tomadas.”

não autonomiza nem confere especial relevância à fixação de medidas de apoio, em detrimento das medidas de suprimento.

Propomos, como forma de compatibilização desta estatuição com os princípios e regras constantes da CDPD, que se priorizem as medidas previstas neste normativo da última para a primeira, aplicando-se somente as primeiras alíneas na impossibilidade de aplicação das últimas³².

A alínea e) permite ao Tribunal a definição de “Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.”

Esta alínea, permitindo todo o tipo de medidas, atribui ao juiz uma grande liberdade de actuação. Esquemáticamente diremos que caberão no âmbito desta alínea um grande conjunto de medidas de apoio à tomada de decisões e/ou de execução das mesmas, bem como medidas de protecção³³

Assim, exemplificativamente diremos que cabem tipicamente no perímetro desta alínea medidas de co-decisão obrigatória do acompanhante e do acompanhado em certos domínios jurídicos.

Cabem igualmente, em situações menos limitativas da capacidade, medidas de consulta e aconselhamento prévio e obrigatório pelo acompanhante antes da tomada de decisões pelo acompanhado.

Caberão também no seu perímetro medidas de fiscalização por parte do acompanhante da actuação do mandatário, nas situações de existência de mandato com vista ao acompanhamento (cf. art. 156.º do C Civil).

Finalmente equacionamos igualmente como potencialmente aplicáveis medidas de afastamento de perigos concretos em que o acompanhado se en-

contre ou que previsivelmente potencie com os seus comportamentos.

A alínea d) consagra a medida de autorização prévia por parte do acompanhante para a prática de determinados actos ou categorias de actos.

Num regime próximo da anterior inabilitação, o beneficiário conserva, nesta situação, o direito de celebrar por si negócios jurídicos ou actos concretos, desde que previamente autorizados pelo acompanhante. Mantém, deste modo, a possibilidade de ter uma vida autónoma e independente, apenas sendo apoiado nas suas acções e decisões.

Tal como explicam Heinrich Hörster e Eva Silva³⁴, “(...) o acompanhante não o representa, mas é um assistente, pois vai actuar ao lado do beneficiário, autorizando previamente que este celebre, por acto próprio, os negócios previstos na sentença e que estarão sujeitos a este regime.”

A alínea c) institui a medida de administração total ou parcial de bens, situação em que se aplicam as regras consagradas no art. 1967.º e ss. do C Civil previstas para os menores.

Trata-se de medida pensada para os acompanhados que revelem impossibilidade de avaliação e gestão do seu património. Em concreto, é usual prever-se a celebração de negócios jurídicos, actos de disposição de bens, assunção de obrigações pecuniárias e representação junto de várias instituições, em especial Finanças, instituições financeiras e bancárias.

A lei exceptua das competências dos acompanhantes todos os actos de disposição de bens imóveis, os quais necessitam de autorização judicial prévia e específica (cf. art. 145.º, n.º 3, do C Civil)³⁵. Tal

³² Defendendo idêntica posição veja-se Paula Távora Vitor (*Código Civil Anotado com coordenação de Ana Prata* (nota 17), 183).

³³ Menezes Cordeiro e Pinto Monteiro (nota 16) indicam como intervenções passíveis de serem cometidos ao acompanhante designadamente “o acesso a informações bancárias, a intervenção para certas operações bancárias ou mobiliárias e a guarda de objectos valiosos ou preciosos.”

³⁴ In *A parte geral do Código Civil Português*, 2.ª Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2020, 380.

³⁵ Anote-se que no regime anterior não se fazia esta distinção entre actos de disposição de bens imóveis e de bens móveis.

“autorização judicial” é cometida a Ministério Público, nos termos previstos nos art. 2.º, n.º 1, alínea b) e 16.º do D.L. n.º 272/2001, de 13/10.

Mafalda Miranda Barbosa³⁶ levanta dúvidas sobre o âmbito dos negócios que necessitam de prévia autorização do tribunal, perante a forma como está redigido este art. 145.º do C Civil, designadamente ao prescrever, no seu n.º 5 que “À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes” e, subsequentemente, face ao teor do art. 1889.º, n.º 1, alínea a), do C Civil, por remissão do art. 1938.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Código, que impõe a autorização do tribunal para “Alienar ou onerar bens, salvo tratando-se de alienação onerosa de coisas susceptíveis de perda ou deterioração.”

Em nosso entendimento, a aplicação deste regime legal, por força da remissão do n.º 5 deste art. 145.º do C Civil, só se justificaria se o mesmo normativo, respectivamente no n.º 3, não viesse delimitar que “apenas” os actos de disposição de bens imóveis necessitam de autorização prévia do tribunal. Face a tal redacção concreta, afigura-se-nos que a teleologia do legislador foi a de expressamente obrigar a autorização judicial unicamente os actos de disposição de bens imóveis³⁷.

Acrescentamos que esta necessidade de autorização judicial se deve ter por obrigatória independentemente das medidas de acompanhamento decretadas, mesmo que se tenha decretado uma medida de representação geral

A lei, na alínea b), consagra a possibilidade da representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste último caso, das categorias de actos para que seja necessária.

Trata-se da medida mais próxima do regime anterior da interdição, prevendo-se a possibilidade da instituição de um representante legal do beneficiário, a substituir o mesmo na celebração de todos os negócios jurídicos. Tal medida de representação geral somente deverá ser equacionada em casos de inexistência ou de limitações severas da capacidade natural do acompanhado, com falta de autonomia decisória e impossibilidade de autogoverno para as actividades básicas da vida diária, designadamente para deficientes profundos, doentes de Alzheimer em estado avançado ou pacientes em coma³⁸.

Face à revogação legal do antecedente modelo de substituição e à criação *ex novo* de um regime estrutural de acompanhamento e/ou de apoio na tomada de decisões, esta medida levanta muitas dúvidas, especialmente quanto à sua conformidade com os princípios e regras da CDPD. Contudo, uma leitura atenta do art. 12.º da CDPD revela que não se tomou aqui posição expressa quanto à renúncia dos mecanismos de substituição. Assim, a interpretação de acordo com a CDPD é a de que nestas situações de representação, tal como em todas as outras,

³⁸ A título exemplificativo, cita-se a decisão do Acórdão da Relação de Lisboa de 16-04-2020, tendo como Relator Pedro Martins Maior (proferido no Processo n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2 e disponível em <http://www.dgsi.pt> em 26/01/23) versando precisamente sobre um caso com estes contornos: “Justifica-se a determinação do regime da representação genérica (art. 145/2-b do CC) relativamente a uma pessoa portadora de deficiências profunda da sua capacidade intelectual desde os seis anos de idade, que lhe retira a capacidade de lidar com as diversas situações do quotidiano, não tendo qualquer sentido crítico no tocante à orientação da sua vida nem à administração dos seus bens; que não aprendeu a ler nem a escrever; não conhece o dinheiro; não sabe o dia dos seus anos, nem a sua idade; sabe que hoje é segunda, mas não sabe de que mês; não é capaz de realizar qualquer tarefa, por mais simples que seja, designadamente as tarefas associadas à sua própria subsistência; carece de auxílio permanente de terceira pessoa para se alimentar, vestir e tratar da sua higiene.”

³⁶ “Fundamentos, conteúdos e consequências do acompanhamento de maiores” in E-book *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Coleção Formação Contínua, Fevereiro de 2019, Centro de Estudos Judiciários, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=nsidLSLrE%3D&portalid=30>, consultado em 09/01/23.

³⁷ Acrescentamos que esta necessidade de autorização judicial se deve ter por obrigatória independentemente das medidas de acompanhamento concretas decretadas, mesmo que se tenha decretado a medida de representação geral.

o acompanhante terá sempre que actuar segundo a vontade efectiva ou presumida do beneficiário. Nesta perspectiva, deve, mesmo nas situações de representação geral, encarar-se a mesma como uma medida de apoio (e não de substituição)³⁹.

Caso esta medida seja instituída de forma parcial, o beneficiário é substituído pelo acompanhante na realização de certos negócios ou actos, definidos em concreto na sentença. Uma medida de representação especial que se justifica em muitas situações concretas é a relativa a decisões de natureza de saúde, designadamente quanto a marcação de consultas, a comparência do acompanhado às mesmas, a adesão/sujeição às terapêuticas prescritas, mormente no que concerne à toma de medicação.

Finalmente, na alínea a), a lei prevê a possibilidade de cometer ao acompanhante o exercício das responsabilidades parentais ou os meios de as suprir.

A nosso ver, trata-se de uma medida que terá de se considerar não escrita, por falta absoluta de campo de aplicação legal.

Desde logo, e dando como nossas as palavras de Paula Távora Vítor⁴⁰ “(...) não é configurável que o acompanhante exerça as responsabilidades parentais ou a tutela relativa aos menores que exibiam esse vínculo relativamente ao acompanhado. Estas atribuições são exteriores à lógica do acompanhamento, que tem em vista o apoio à pessoa do acompanhado e não providenciar um “substituto” para este.”

³⁹ Em solução conforme à CDPD, o art. 249.º do Código Civil espanhol determina que “Em casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos e preferencias de la persona, las medida de apoyo podrán incluir funciones representativas. Em este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona com discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado em consideración, com el fin de tomar la decisión que habria adoptado la persona en caso de no requerir representación.”

⁴⁰ *Código Civil Anotado com coordenação de Ana Prata*, (nota 17), 185.

Independentemente disto, a razão principal que impede a aplicação desta alínea prende-se com o carácter de direito pessoalíssimo do exercício das responsabilidades parentais⁴¹. Como é pacífico, os direitos pessoalíssimos – como o exercício do poder paternal – são direitos de natureza estritamente pessoal, que apenas podem ser exercidos pelo próprio titular do mesmo, inviabilizando, consequentemente, a ingerência de mecanismos de acompanhamento⁴². Por inerência, o exercício das responsabilidades parentais através do acompanhante importaria a nulidade dos actos concretos praticados, por aplicação do disposto no art. 294.º do C Civil.

Assim sendo, sempre que, no caso concreto, se conclua pela falta de capacidade do acompanhado para o exercício das responsabilidades parentais, apenas se configura como possível a decisão, na sentença final, de inibição do exercício das responsabilidades parentais, por aplicação da estatuição do art. 1913.º, n.º 1, alínea b), do C Civil⁴³.

Independentemente da medida ou medidas concretas aplicadas, o n.º 1 do art. 146.º do C Civil estatui, que, no exercício da sua função, o acom-

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos veja-se Menezes Cordeiro in *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007.

⁴² Veja-se paralelamente a decisão do Acórdão da Relação de Lisboa de 15-12-2020, tendo como Relatora Dina Monteiro (proferido no Processo n.º 19055/18.5T8SNT-A.L1-7 e disponível em <http://www.dgsi.pt> no dia 26/01/2023) no sentido de que “Por se tratar de acto pessoalíssimo e “insusceptível de ser exercido por terceiros, mesmo que pelo representante do titular dos bens e direitos a testar”, não é legalmente admissível o deferimento de autorização judicial, apresentada pelo acompanhante de um maior acompanhado, para testar em nome daquele – artigos 2179.º, n.º 1, 2181.º e 2182.º, n.º 1, do Código Civil.”

⁴³ Sob a específica perspectiva da criança, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08/09 e, entretanto alterada pela Lei n.º 24/2017, de 24/05) prevê, no seu art. 52.º, que “O Ministério Público, qualquer familiar da criança ou pessoa sob cuja guarda se encontre ainda que de facto, podem requerer a inibição, total ou parcial, do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infringir culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuizo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres.”

panhante “(...) privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada.”

Trata-se da fixação de um padrão de conduta, que necessita de ser “lida” à luz do novo paradigma dos direitos das pessoas com capacidade diminuída.

Na sua primeira parte alude-se, em termos programáticos, às finalidades do acompanhamento, sob a perspectiva da situação concreta do beneficiário.

A alusão, na sua segunda parte, à “diligência requerida a um bom pai de família” causa estranheza e perplexidade, já que parece apontar para uma visão paternalista, num “retorno” ao regime legal antecedente, de actuação assente em juízos morais e de normalidade e pressupondo a consideração de que os visados são incapazes de assumir vontades ou manifestar preferências.

Tal interpretação é frontalmente rejeitada pelo acima referido art. 12.º, n.º 4, da CDPD, o qual é claro quanto à necessidade de respeito pelos “direitos, vontade e preferências da pessoa.” Apesar de o regime legal da Lei n.º 49/2018, de 14/08 não o prever expressamente⁴⁴, decorre da mudança de paradigma já acima analisada que ocorreu uma substituição do anterior paradigma de “best interest” do incapaz por um novo modelo assente nos “best wishes” do acompanhado, no sentido de que o acompanhamento tem sempre que privilegiar a vontade e preferências do acompanhado⁴⁵.

⁴⁴ Veja-se, em contraponto, a redacção actual do art. 249.º do Código Civil espanhol que, em obediência aos princípios e regras da CDPD determina que “Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quién lo requiera.”

⁴⁵ Refere Paula Távora Vítor “artigo 12.º Reconhecimento igual perante a lei”, *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência- Comentário*, 2020, Lisboa, Imprensa Nacional (nota 27, 135) que “No novo regime português, embora se identifique o padrão de actuação do acompanhante com a «diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada» (cf. artigo 146.º do CC), um padrão de natureza objectiva, que facilmente se identifica com o melhor interesse, não pode deixar de

Tal como se referiu acima, muitas das normas constitucionais que consagram normas relativas aos direitos, liberdades e garantias são auto-suficientes (aqui se incluindo, obviamente, as normas das Convenções internacionais). A norma constante deste n.º 4 do art. 12.º da CDPD, sendo clara e completa, deve considerar-se uma dessas normas potencialmente directamente aplicáveis pelo decisor.

Em concreto, deve actuar-se de acordo com a vontade e preferências do acompanhado e, se necessário, deverá ter-se mesmo em conta a vontade por si manifestada em momento anterior ao da situação incapacitante. Nas situações comuns de doentes bipolares ou esquizofrénicos (ou com outras doenças com quadros de sintomatologia paralela), em que se verificam períodos de incapacidade diminuída e períodos de estabilização, deverá aproveitar-se estes períodos de normalização para aferir da vontade do beneficiário.

Teremos, portanto, de considerar que a referência à “diligência requerida a um bom pai de família” apenas poderá ter o sentido de situar a actuação do acompanhante em parâmetros exigentes, com elevados padrões de diligência.

Ainda em termos gerais, a lei obriga a que o acompanhante mantenha um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal (cf. art. 146.º, n.º 2, do C Civil).

A diversidade e maleabilidade das medidas de acompanhamento potencialmente aplicáveis nem sempre se coadunam com a fixação deste dever de contacto mensal. O mais relevante será ter em mente o fundamento subjacente a esta norma de garantir que o acompanhante tenha com o acompanhado o contacto necessário ao cabal exercício

se efectuar uma interpretação conforme à CDPD e, portanto, favorável ao princípio da autonomia e a qualquer das suas manifestações (...).”

da sua função. À luz deste desiderato, e, uma vez mais, dos princípios constitucionais e das regras da CDPD, o espaçamento das visitas deveria poder ser mais próximo ou mais alargado, à luz das especificidades do caso concreto, justificando-se inclusivamente que a lei não contemplasse qualquer periodicidade mínima para as visitas⁴⁶.

Um caso paradigmático será o da designação de vários acompanhantes, com diferentes atribuições, em que a pertinência da fixação da periodicidade de visitas ao acompanhado será seguramente diferente para cada um deles. Pelo menos nesta situação específica, a aplicação da lei deverá ser por forma a consagrar uma periodicidade de visitas mais apertada para um dos acompanhantes e mais espaçada para o outro (ou outros).

d) Princípio da Flexibilidade

Por fim, ainda à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, é essencial a existência de um controlo judicial regular e efectivo das medidas aplicadas.

A capacidade diminuída do acompanhado pode sofrer mutações ao longo do tempo, podendo a sua situação sofrer melhorias ou agravamentos e nenhuma medida pode perdurar para além do necessário, quer em termos qualitativos, quer em termos temporais.

O art. 12.º, n.º 4, da “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências” determina expressamente que “Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relaciona-

das com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa (...) aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial.”⁴⁷

A lei civil portuguesa, em decorrência, determina, no art. 149.º do C Civil que o acompanhamento cessa ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou modificação das causas que o justificaram. Bem como sequencialmente, no art. 155.º do C Civil, que “O tribunal revê as medidas de acompanhamento em vigor de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos.”⁴⁷ Deve manter-se o foco na agilização das medidas aplicadas e na possibilidade de alteração ou eliminação das mesmas, a todo o tempo, por aplicação, em termos processuais, do disposto no n.º 2 do art. 904.º do CP Civil.

Tal incidente pode ser da iniciativa do próprio beneficiário, ou de outra parte processual, além de obviamente poder ser oficiosamente impulsionado pelo próprio tribunal.

Sendo o pedido da iniciativa do próprio acompanhado, deve encarar-se o mesmo ainda como emanção do primado da sua vontade, de onde também decorre o direito de mudar ou terminar a relação de acompanhamento. No entanto, independentemente do autor da iniciativa deste incidente, e mesmo que tenha sido da iniciativa do acompanhado, o acompanhamento somente deve cessar caso se reconheça objectivamente que as causas que o justificaram desapareceram (sejam causas de natureza clínica ou de natureza social).

⁴⁶ Veja-se, no mesmo sentido, Paula Távora Vitor (*Código Civil Anotado com coordenação de Ana Paiva*, (nota 17), 187).

⁴⁷ Nuno Luís Ribeiro (nota 13) manifesta-se contra a fixação desta periodicidade mínima de 05 anos, contrapondo que “Bastaria a fixação dos deveres de cuidado e diligência adequados a casa situação em concreto, sendo de eliminar a concretização prevista no n.º 2.”

Em qualquer uma destas situações, os efeitos desta decisão podem retroagir à data em que o tribunal entenda que se verificou a modificação da situação de facto (cf. art. 149.º, n.º 2, do C Civil).

É discutível se, perante a regra geral da legitimidade activa do beneficiário para a instauração da acção de acompanhamento, directamente ou mediante autorização para qualquer parente sucessível (cf. art. 141.º do C Civil), estes parentes sucessíveis podem, sem qualquer autorização prévia, pedir a cessação ou a modificação do acompanhamento, nos termos aparentemente previstos no art. 149.º, n.º 3, do C Civil. Ainda que com algumas dúvidas, propendemos para considerar que o poderão fazer, desde que o acompanhado tenha a possibilidade de se pronunciar, atendendo a que tal pedido terá sempre que ter por base a alegação de um conjunto de factos supervenientes objectivos e que, independentemente da posição de uns e outro, a decisão a tomar pelo julgador não está delimitada pelas medidas concretas pedidas, como já acima referimos.

Nestes momentos de reapreciação, pode igualmente decidir-se pela remoção e substituição do acompanhante, nos termos consagrados nos art. 1948.º a 1950.º do C Civil (por remissão do art. 152.º do mesmo Código).

Em termos de legitimidade, a remissão para o art. 1949.º do C Civil determina que terão legitimidade para requerer esta remoção o Ministério Público, qualquer parente do acompanhado e ainda a pessoa a quem o acompanhado “esteja confiado de facto ou de direito”. Uma vez mais por apelo ao novo paradigma, aos princípios constitucionais e às normas da CDPD, defendemos que se deverá interpretar tal regra processual de legitimidade igualmente como aplicável ao próprio acompanhado, que poderá requerer a remoção do acompanhante e a sua substituição por outra pessoa.

Os fundamentos para a remoção são, no essencial, a falta ao cumprimento dos deveres próprios

do cargo ou a revelação de inaptidão para o seu exercício. Claro que, decidindo-se pela remoção ou substituição do acompanhante, terá, novamente, que se repristinar o primado da vontade do beneficiário, sendo o novo acompanhante escolhido pelo acompanhado, cuja vontade deve ser respeitada até aos limites do possível, exactamente como sucede na primeira nomeação.

O regime legal do maior acompanhado é de aplicação imediata às acções de interdição e de inabilitação pendentes (cf. art. 26.º da Lei n.º 49/2018, de 14/08). Os acompanhamentos convertidos dos antigos processos de interdição ou de inabilitação podem ser revistos a pedido do acompanhado, do acompanhante ou Ministério Público (cf. n.º 8 deste art. 26.º da Lei n.º 49/2018, de 14/08).

Determinando a lei que o juiz utiliza para este efeito os poderes de gestão processual e de adequação formal, deve entender-se que, perante as particularidades do caso, cumpre decidir da necessidade de revisão das necessidades tomadas e vigentes naqueles processos.

Em bom rigor, todos os processos de interdição e de inabilitação pendentes deveriam ter sido reapreciados logo após a entrada em vigor da actual lei, atendendo à alteração de paradigma e à inerente mudança da essencialidade do regime jurídico. Basta, para tanto, atentar em que, no anterior regime jurídico, não se apreciava autonomamente a capacidade do beneficiário para a prática de actos pessoais.

e) Síntese Conclusiva

O actual regime do maior acompanhado, afastando-se do antigo modelo paternalista da incapacidade e adoptando uma nova filosofia, pretende implementar uma mentalidade social integradora das pessoas com capacidade diminuída⁴⁸.

⁴⁸ Recentemente a Comissão Europeia adoptou a “Estratégia sobre

O modelo social, que está na base da CDPD, substituiu a antecedente “normalização” forçada dos “incapazes” pela promessa de adaptação da sociedade às particularidades de cada uma das pessoas com capacidade diminuída, integrando-as com todas as suas diferenças e promovendo a sua participação social, apoiando-as na medida do necessário. Centra a sua atenção na promoção da sua inclusão, através da eliminação de um conjunto de barreiras e obstáculos, na salvaguarda da sua dignidade e liberdade, na redução ao mínimo necessário da ingerência concreta na autonomia e liberdades individuais e no respeito pela sua vontade e interesses, reais ou presumidos.

Apelando, mais uma vez, ao Parecer do “Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”⁴⁹, e como aí se explica, “Uma abordagem à deficiência do ponto de vista dos direitos humanos facilita o desenvolvimento e implementação de respostas equitativas às múltiplas dimensões da deficiência, olhando não apenas para os recursos (humanos e financeiros) necessários a uma melhor inclusão mas também para as capacidades, escolhas, segurança e poder, essenciais ao pleno gozo do exercício dos direitos civil, culturais, económicos, políticos e sociais.”

A Lei n.º 49/2018, de 14/08, apesar de conter algumas incongruências e de manter resquícios do antecedente regime paternalista, contém as bases necessárias para a mudança de paradigma e mentalidades a este respeito.

os Direitos das Pessoas com Deficiência 2021-2030”, sob a designação “União da Igualdade”, em que enuncia como estratégia garantir que todas as pessoas com deficiência na Europa, independentemente do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, idade ou orientação sexual, gozem dos direitos que lhes assistem, possam participar na sociedade e na economia em condições de igualdade com as demais pessoas, possam decidir onde, como e com quem vivem, circulem livremente na EU, independentemente das necessidades de apoio que possam ter e deixem de ser alvo de discriminação.

⁴⁹ Referência na nota 4.

A sua interpretação deverá sempre fazer-se à luz dos direitos fundamentais, tal como apresentado pela legislação internacional e constitucional, em especial da CR Portuguesa e da CDPD.

Os julgadores e a doutrina ainda necessitam de fazer um esforço de abandono dos antigos quadros de enquadramento das situações de capacidades diminuídas assentes em razões paternalistas e com priorização para os interesses patrimoniais, bem como de erradicar a tentação de optar pelo regime de substituição geral como primeira escolha.

Na definição das medidas de acompanhamento haverá sempre que atender aos princípios de necessidade, proporcionalidade e flexibilidade.

O recurso na lei actual a conceitos indeterminados, tais como “interesse imperioso do beneficiário” e “diligência requerida a um bom pai de família” apela à contribuição criativa da jurisprudência. A densificação e sedimentação destes conceitos far-se-á em confronto com os sucessivos casos concretos trazidos à Justiça e das teses que paulatinamente se forem defendendo sobre as várias soluções inovadoras da lei, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina.

Tal como refere Pinto Monteiro⁵⁰ “É claro que o sucesso, na prática, deste novo modelo vai depender, em grande medida, dos tribunais, pela responsabilidade acrescida que o novo regime lhes atribui, na definição – e revisão – das medidas adequadas a cada deficiente, a cada situação! É esta mais uma tarefa que a lei confia aos tribunais, no desempenho da nobre missão de servir a vida!”.

(Consigna-se que este artigo foi redigida segundo a grafia anterior ao AO).

⁵⁰ “Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 148º, n.º 4013, Novembro-Dezembro de 2018, 84.

Jurisprudência

RECONHECIMENTO DO TALAK (REPÚDIO ISLÂMICO) E ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA (6.ª SECÇÃO) DE 6 DE JULHO DE 2023

Rui Manuel Moura Ramos

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Acordam os Juízes Desembargadores que compõem este Coletivo da 6.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa.

SKB, ... residente no Reino Unido, veio intentar Ação Especial de Revisão/Confirmação de Sentença Estrangeira contra AAB, ... residente em Portugal.

Pede a revisão e confirmação de sentença de divórcio transitada em julgado proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, Emirados Árabes Unidos em 23/03/2015, que confirmou o divórcio operado pela iniciativa unilateral do requerido de se divorciar da requerente, efetuada em 20/03/2015, através do procedimento denominado *Talaq*, pelo qual o requerido se divorciou da requerente pronunciando as palavras “*taliq*”.

Mais invocou, nomeadamente, o seguinte:

1. *A Requerente e o Requerido (doravante, as “Partes”) contraíram casamento religioso islâmico em xx em Kobe, Japão (cfr. factualidade provada (facto b) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2.ª Secção, processo n.º 2172/17.6YRLSB.S1, proferido a 29/9/2022 junto como Doc. N.º 1, doravante, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça” e assento de nascimento e de casamento da Requerente juntos como Docs. N.º 2 e 3).*

2. *No dia xx, a Requerente instaurou contra o Requerido no Reino Unido uma ação, que correu termos junto da Divisão de Família do High Court of Justice, no âmbito da qual pediu que fosse decretado o divórcio entre as Partes (cfr. factualidade provada (facto c) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).*
3. *Após ter sido iniciada a referida ação pela Requerente, no dia xx, o Requerido divorciou-se da Requerida “ao pronunciar: estás “Taliq”, divorciada” (cfr. factualidade provada (facto j) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1 e sentença de divórcio Talaq proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, Emirados Árabes Unidos em xx e respetiva tradução certificada juntas como Doc. N.º 4, doravante “Sentença de Divórcio Talaq”).*
4. *No dia xx, o Tribunal da Sharia de Sharjah confirmou o divórcio entre as Partes (cfr. factualidade provada (facto j) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1 e sentença de Divórcio Talaq junta como Doc. N.º 4).*
5. *No dia xx, a Requerente foi notificada, na pessoa do seu mandatário, de que o divórcio Talaq entre as Partes havia sido concedido pelo Tribunal da Sharia de Sharjah (cfr. factualidade provada (facto i) constante no Acórdão do Supremo Tri-*

bunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1, e notificação enviada à Requerente pelos mandatários do Requerido a xx junta como Doc. N.º 5).

6. Consequentemente, no âmbito da ação que corria termos no Reino Unido, a xx, o Tribunal, após ter tido conhecimento da Sentença de Divórcio Talaq, “afirmou que as partes já estavam divorciadas, não tendo a mulher contestado o Talaq, e convidou a Requerente a pedir autorização [pedido de assistência financeira] ao abrigo da Parte III do Matrimonial and Family Proceedings Act 1984” (cfr. factualidade provada (facto k) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).
7. A Requerente aceitou o convite do Tribunal do Reino Unido e alterou o seu pedido em julho de 2015 e janeiro de 2016, formulando nesta última data um pedido de assistência financeira após divórcio estrangeiro (cfr. factualidade provada (factos n e o) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).
8. O Tribunal do Reino Unido proferiu, em 12/10/2016, sentença final (doravante, “Sentença do Tribunal do Reino Unido”), que regulou os efeitos patrimoniais do divórcio entre as Partes (cfr. factualidade provada (factos q e y) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).
9. Em 7/11/2017, a Requerente iniciou ação de revisão e confirmação da Sentença do Tribunal do Reino Unido, que correu termos no Tribunal da Relação de Lisboa, 2.ª Secção, sob o número 2172/17.6YRLSB.
10. O Tribunal da Relação julgou improcedente a ação, absolvendo o Requerido do pedido.
11. A Requerente interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

12. No seu acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça sublinhou que a Requerente tem nacionalidade portuguesa e que no seu assento de nascimento e casamento não se encontrava averbado qualquer divórcio (cfr. acórdão junto como Doc. N.º 1 e assento de nascimento e de casamento da Requerente juntos como Docs. N.º 2 e 3).
13. Nessa medida, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a falta de inscrição do divórcio entre as Partes no registo civil português era uma condição de procedibilidade do reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido, que consubstanciava uma exceção dilatória (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).
14. Em consequência, o Supremo Tribunal de Justiça julgou a revista parcialmente procedente e absolveu o Requerido da instância (e não do pedido, conforme havia feito o Tribunal da Relação), consignando o seguinte: “O reconhecimento dessa impossibilidade não implica, no entanto, qualquer apreciação dos requisitos de revisibilidade estabelecidos no artigo 980º do CPC, que conduza à improcedência da pretensão da confirmação da decisão revidenda para valer em Portugal. Antes, o que dela decorre é que o tribunal não pode rever a decisão do tribunal estrangeiro sem que o facto pressupponente daquela decisão seja eficaz no ordenamento jurídico português. A falta de inscrição do divórcio no registo civil português surge, desta forma, não como um facto impeditivo, modificativo ou extintivo do efeito jurídico pretendido — a confirmação da sentença para valer em Portugal — mas antes como uma condição de procedibilidade, sem cujo preenchimento o tribunal não pode apreciar a pretensão deduzida na ação de revisão. Trata-se, portanto, de uma exceção di-

- latória, que dá lugar à absolvição da instância, e não, como foi considerado no acórdão recorrido, de uma exceção peremptória que dá lugar à absolvição do pedido.” (cfr. pág. 13 do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça junto como Doc. N.º 1, destaques nossos).
15. No referido acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça salientou a possibilidade de a Requerente pedir a revisão e confirmação da Sentença de Divórcio Talaq e de posteriormente registar o divórcio revisto e confirmado no registo civil português, preenchendo-se desta forma a condição de procedibilidade da revisão e confirmação da Sentença do Tribunal do Reino Unido: “A circunstância de o ordenamento jurídico português – *rectius*, o registo civil português – considerar ainda subsistente o matrimónio de Autora e Réu não inviabiliza, no entanto, que possa vir a ser reconhecida a dissolução do mesmo; designadamente através da revisão da sentença dos EAU que decretou o divórcio ‘talaq’, que implicaria a imediata inscrição de tal facto no registo civil português (artigo 7.º do Código do Registo Civil).” (cfr. pág. 13 do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça junto como Doc. N.º 1, destaque nosso).
16. Neste sentido, a Requerente, em conformidade com a solução identificada pelo Supremo Tribunal de Justiça, vem requerer a revisão e confirmação da Sentença de Divórcio Talaq, a qual será, depois de revista e confirmada, registada nos assentos a que respeita, nos termos do artigo 7.º, n.º 1 do Código de Registo Civil Português, o que permitirá o reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido relativa aos efeitos patrimoniais do divórcio entre as Partes.
17. Tal como referido, a Requerente vem peticionar a revisão e confirmação da Sentença de Divórcio Talaq, juntando para o efeito a sentença proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah dos Emirados Árabes Unidos em 23/03/2015 e a respetiva tradução certificada como Doc. N.º 4.
18. A Sentença de Divórcio Talaq deverá ser confirmada porquanto se encontram preenchidos todos os requisitos necessários à sua confirmação elencados no artigo 980.º do CPC.
19. Com efeito, tal como determina a alínea a) do preceito mencionado, não surgem dúvidas sobre a autenticidade do documento de que consta a Sentença de Divórcio Talaq (Doc. N.º 4) nem sobre a inteligência da decisão aí proferida.
20. Por outro lado, no caso concreto o reconhecimento do divórcio em questão não conduzirá a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, encontrando-se verificado o requisito previsto no artigo 980.º, alínea f) do CPC.
21. Efetivamente, apesar de o divórcio Talaq poder ser considerado, em abstrato, contrário à ordem pública internacional do Estado Português, designadamente por, em teoria, poder acarretar uma desigualdade resultante do reconhecimento de um divórcio não pretendido pela mulher e em relação ao qual a mesma não teve a possibilidade de intervir, no caso concreto não existem razões para se apelar à ordem pública internacional do Estado Português, na medida em que a cessação do matrimónio também é pretendida pela mulher, designadamente para efeitos de reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido.
22. Com efeito, a Requerente também pretendia divorciar-se do Requerido, tanto assim que peticionou o divórcio no Reino Unido antes de ter sido notificada do divórcio Talaq; o divórcio no Reino Unido apenas não foi decretado porque, entretanto, o Tribunal desse país constatou que

as partes ficaram divorciadas através do Talaq, tendo, então, passado a decidir sobre as consequências patrimoniais do divórcio (cfr. factua-
lidade provada (factos k, l e aa) constante no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, junto como Doc. N.º 1).

23. Além disso, a Requerente intentou a presente ação para que o divórcio Talaq seja confirmado e produza os seus efeitos de cessação do matrimónio em Portugal, possibilitando em seguida o reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido.
24. Nessa medida, a Requerente aceita a cessação do matrimónio e pretende as consequências acima referidas, pelo que o reconhecimento da Sentença de Divórcio Talaq não conduz a um resultado manifestamente incompatível com os princípios de ordem pública internacional do Estado Português.
25. Ademais, encontram-se igualmente verificados todos os requisitos mencionados nas alíneas b) a e) do artigo 980.º do CPC, relativamente aos quais, tal como ensinam ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA e PIRES DE SOUSA, “(...) o requerente está dispensado de fazer prova dos mesmos.”

Face ao exposto, deverá a Sentença de Divórcio Talaq ser revista e confirmada, encontrando-se verificados todos os requisitos necessários à sua confirmação”.

Juntou certidão da decisão que pretende ver revista e confirmada.

*

O requerido deduziu oposição na qual não impugnou o alegado pela requerente, dizendo, no entanto, que a decisão em causa, apesar de ter sido proferida a seu pedido, não pode ser revista e con-

firmada por não ser uma decisão judicial mas antes resultado de uma declaração unilateral, dizendo ainda que “não é pelo facto de a Requerente pretender obter o divórcio que o reconhecimento do Talaq deixa de violar a ordem pública internacional, uma vez que a igualdade de armas e o contraditório não foram assegurados no referido “processo””. Mais alega que existe uma ação de divórcio a correr termos em Portugal, na qual o Tribunal de Família e Menores competente (processo n.º xx Juiz de Família e Menores do Tribunal Judicial de xx).

*

A Exm^a Procuradora-Geral Adjunta pronunciou-se no sentido da improcedência da pretensão da requerente, dizendo que “à luz da nossa ordem jurídica, não podemos concluir pela existência de um qualquer divórcio entre as partes válido e eficaz em Portugal, dado que não se verifica o pressuposto da alínea e) do artigo 984.º do CPC e o acto revidendo é manifestamente violador dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português” por ser baseado na declaração unilateral de repúdio por parte do marido, efetuado ao abrigo da Lei Sharia.

*

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia. Não existem vícios que anulem todo o processo. As partes, dotadas de personalidade e capacidade judiciárias, têm legitimidade. Não se verificam outras exceções dilatórias ou nulidades de que cumpra conhecer.

*

Fundamentação

Motivação de facto:

Encontra-se documentalmente provado nos autos, conjugado com o que resulta do processo n.º 2172/17.6YRLSB da 2.ª secção desta Relação, que:

1. A requerente e o requerido casaram-se na Mesquita muçulmana de Kobe, no Japão, em xx.
2. O casamento está transcrito na ordem jurídica portuguesa pelo Assento de Casamento n.º xx do ano de xx da Conservatória dos Registo Centrais de Lisboa.
3. No dia xx, o Requerido declarou divorciar-se da Requerida ao pronunciar: estás “Taliq”, tendo comparecido, no dia xx perante o juiz de direito do Tribunal da Sharia, pedindo que o divórcio fosse confirmado.
4. Nesse mesmo dia 23/3/2015, o Tribunal da Sharia de Sharjah confirmou o divórcio entre as Partes nos seguintes termos:
5. A referida decisão tornou-se definitiva
6. No dia xx, a requerente instaurou contra o requerido, no Reino Unido, uma ação, que correu termos junto da Divisão de Família do High Court of Justice, no âmbito da qual pediu que fosse decretado o divórcio entre as partes.
7. No dia xx, a requerente foi notificada, na pessoa do seu mandatário, de que o divórcio Talaq entre as partes havia sido concedido pelo Tribunal da Sharia de Sharjah.
8. No âmbito da ação que corria termos no Reino Unido, a xx, o Tribunal, após ter tido conhecimento da Sentença de Divórcio Talaq, afirmou que as partes já estavam

divorciadas, não tendo a ora requerida contestado o Talaq, e convidou esta a pedir pedido de assistência financeira ao abrigo da Parte III do Matrimonial and Family Proceedings Act 1984”.

9. A requerente aceitou o convite do Tribunal do Reino Unido e alterou o seu pedido em julho de 2015 e janeiro de 2016, formulando nesta última data um pedido de assistência financeira após divórcio estrangeiro. 9.—O Tribunal do Reino Unido proferiu, em xx, sentença final que regulou os efeitos patrimoniais do divórcio entre as partes.
10. Em xx, a requerente iniciou ação de revisão e confirmação da Sentença do Tribunal do Reino Unido, que correu termos no Tribunal da Relação de Lisboa, 2.ª Secção, sob o número 2172/17.6YRLSB.
11. O Tribunal da Relação julgou improcedente a ação, absolvendo o requerido do pedido.
12. A Requerente interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.
13. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que a falta de inscrição do divórcio entre as partes no registo civil português era uma condição de procedibilidade do reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido, que consubstanciava uma exceção dilatória.
14. Em consequência, o Supremo Tribunal de Justiça absolveu o requerido da instância, dizendo o seguinte:

“O reconhecimento dessa impossibilidade não implica, no entanto, qualquer apreciação dos requisitos de revisibilidade estabelecidos no artigo 980º do CPC,

que conduza à improcedência da pretensão da confirmação da decisão revidenda para valer em Portugal. Antes, o que dela decorre é que o tribunal não pode rever a decisão do tribunal estrangeiro sem que o facto pressupponente daquela decisão seja eficaz no ordenamento jurídico português. A falta de inscrição do divórcio no registo civil português surge, desta forma, não como um facto impeditivo, modificativo ou extintivo do efeito jurídico pretendido – a confirmação da sentença para valer em Portugal – mas antes como uma condição de procedibilidade, sem cujo preenchimento o tribunal não pode apreciar a pretensão deduzida na acção de revisão. Trata-se, portanto, de uma excepção dilatória, que dá lugar à absolvição da instância, e não, como foi considerado no acórdão recorrido, de uma excepção peremptória que dá lugar à absolvição do pedido”.

15. No mesmo acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça referiu o seguinte: “A circunstância de o ordenamento jurídico português – rectius, o registo civil português – considerar ainda subsistente o matrimónio de Autora e Réu não inviabiliza, no entanto, que possa vir a ser reconhecida a dissolução do mesmo; designadamente através da revisão da sentença dos EAU que decretou o divórcio ‘talaq’, que implicaria a imediata inscrição de tal facto no registo civil português (artigo 7º do Código do Registo Civil)”.
16. Em xx o requerido instaurou acção de divórcio contra a requerente, a qual corre termos com o número de processo xx, do Juízo de Família e Menores de xx do Tribunal Judicial da comarca de xx.
17. Tal processo encontra-se com a instância suspensa com base no decidido no se-

guinte despacho, datado de 7/1/2019: “Encontra-se pendente, no Tribunal da Relação de Lisboa, acção para reconhecimento de sentença estrangeira relacionada com o objeto dos presentes autos – dissolução do casamento entre Autor e Ré. Os presentes autos foram suspensos, por despacho judicial, ao abrigo do disposto nos arts. 92, 276, nº 1 – c), 272, nº 1 e 275, todos do C.P.Civil, até que seja proferida decisão final no processo que corre termos no Reino Unido. Assim sendo e em consequência, indefiro o requerido pela Ré e determino que os autos se mantenham suspensos, como determinado nos autos, até que seja proferida decisão final no processo que corre termos no Reino Unido ou até que se mostre decidido o processo pendente no Tribunal da Relação de Lisboa (reconhecimento de sentença estrangeira)”.

*

Motivação de Direito:

Perante a situação de facto atrás descrita importa agora decidir se estão reunidos os pressupostos para o deferimento da pretensão formulada, qual seja a de ser confirmada pelos tribunais portugueses, para que possa produzir efeitos em Portugal, a decisão revidenda que declarou a extinção por divórcio do casamento entre as partes.

Nos termos do artigo 980º, do Código de Processo Civil, para que a sentença seja confirmada é necessário:

a) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão;

b) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida;

c) Que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses;

d) Que não possa invocar-se a exceção de litispêndência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição;

e) Que o réu tenha sido regularmente citado para ação nos termos da lei do país do tribunal de origem e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes;

f) Que não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português”. Dispõe o artigo 983º, n.º 1, do Código de Processo Civil: “O pedido só poder ser impugnado com fundamento na falta de qualquer dos requisitos mencionados no artigo 980º, ou por se verificar algum dos casos de revisão especificados nas alíneas a), c)- e g), do artigo 696º”.

No caso em apreço não se levantam dúvidas sobre a autenticidade do documento que incorpora a decisão revidenda, nem sobre a inteligência da decisão.

As questões suscitadas pelo requerido e pelo Mº Pº para fundamentarem a oposição à pretensão da requerente são as seguintes:

- verifica-se a exceção de litispêndência por estar pendente perante tribunais portugueses uma ação de divórcio entre as partes.
- no processo que conduziu à decisão houve violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes;
- a decisão mostra-se contrária aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

Há desde logo que referir a seguinte circunstância, que não deixa de ser curiosa e que, em nosso entender, tem bastante importância para a apreciação jurídica da causa: todos os indicados fundamentos são integralmente imputáveis ao requerido.

Efetivamente, o requerido, apesar de ter pendente perante tribunais portugueses a mencionada ação de divórcio, e poucos dias após tê-la instaurado, declarou, no dia xx, divorciar-se da requerida ao pronunciar: estás “Taliq”, tendo comparecido, no dia xx perante o juiz de direito do Tribunal da Sharia, pedindo que o divórcio fosse confirmado. Acresce que instaurou a ação que pende nos tribunais portugueses já depois de saber que a requerida havia instaurado, em xx, uma ação de divórcio perante os tribunais no Reino Unido.

E resulta do alegado pelo requerido que a sua oposição à pretensão da requerente não visa o divórcio em si mesmo considerado. Aliás, se há algo que está manifestamente assente é que o requerido quer o divórcio, pois de contrário não tinha instaurado a ação que pende em C....., nem tomado a iniciativa do Talaq, nem ido pedir a respetiva confirmação ao tribunal da Sharia.

O que na realidade o requerido pretende *é evitar que a requerente obtenha a revisão e confirmação da decisão proferida pelos tribunais do Reino Unido que concedeu à requerente direitos patrimoniais em consequência do divórcio*. Esse é que é o verdadeiro objetivo do requerido ao deduzir oposição neste processo.

Começemos por analisar a exceção de litispêndência. Esta configura uma exceção dilatória que determina a absolvição da instância, nos termos conjugados dos artºs 576º/2 e 577º, al. i, ambos do CPC.

Tal questão da litispêndência relativa à ação que pende no Juízo de Família e Menores de xx tem de ser reportada, desde logo, à ação pendente nos tribunais do Reino Unido. Isto porque à data

da instauração dessas duas ações, estava ainda em vigor na ordem jurídica do Reino Unido¹¹ o Regulamento (CE) n° 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

O art° 19° desse Regulamento estabelece, no n° 1, que “Quando os processos de divórcio, separação ou anulação do casamento entre as mesmas partes são instaurados em tribunais de Estados-Membros diferentes, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar suspende oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar”. Por sua vez, o n° 3 estatui que “quando estiver estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar declarar-se incompetente a favor daquele”. Como se constata, o Regulamento tem uma específica noção de litispendência, pois, diferentemente do que se verifica no nosso direito, é irrelevante a causa de pedir. Basta que pendam em tribunais de diferentes Estados ações visando a obtenção do divórcio entre as partes. Verificando-se essa situação, está-se perante a exceção de litispendência, na aceção do mencionado Regulamento, e há, de imediato, lugar à suspensão da instância. É isso que resulta do n° 1 do preceito.

De acordo com o nosso direito processual, se estiverem pendentes duas ações de divórcio, naturalmente com identidade de sujeitos, mas em que as causas de pedir sejam distintas, não se verifica a exceção de litispendência por não existir a referida triplíce identidade. Nesse caso, aplica-se o disposto no art° 272°/1 do CPC, podendo o tribunal onde pende a ação instaurada em segundo lugar ordenar a suspensão da instância até à decisão final da ação

instaurada em primeiro lugar. Aplica-se também o disposto no art° 267° do CPC, podendo ser ordenada a apensação das ações.

No regime estabelecido no Regulamento prevê-se como consequência da litispendência, numa primeira fase, a imediata suspensão da instância. E, após, a declaração de incompetência a favor do tribunal onde a ação foi instaurada em primeiro lugar, o que ocorre quando estiver estabelecida a competência deste tribunal.

Como decorre dos factos provados, o tribunal do Reino Unido havia prevenido a jurisdição, pois a ação que aí correu termos foi instaurada antes daquela que pende no Juízo de Família e Menores de xx. Aliás, por causa disso este Juízo suspendeu a instância. Para que o tribunal onde a ação foi instaurada em segundo lugar se declare incompetente nem sequer é necessário que a decisão do primeiro tribunal transite em julgado. Basta que este tribunal se declare competente. Ora, foi isso que aconteceu no caso em apreço, de tal forma que o tribunal do Reino Unido passou de imediato à regulação dos efeitos patrimoniais do divórcio após reconhecer eficácia à decisão proferida pelo tribunal da Sharia. Por isso a pendência da ação do Juízo de Família e Menores de xx é algo que já nem devia ocorrer.

A isto acresce que entre esta ação de reconhecimento de sentença estrangeira e a ação que pende no Juízo de Família e Menores de xx não existe litispendência. Ao caso aplicam-se as regras do CPC, pois em causa está uma decisão de um Estado que não pertence à União Europeia. Conforme acima se expôs, a exceção de litispendência pressupõe a triplíce identidade quanto aos sujeitos, pedido e causa de pedir. A falta de qualquer um deles impede a verificação da exceção. No caso temos que falta a identidade de causa de pedir, pois a decisão aqui em apreço funda-se na vontade unilateral de um

dos cônjuges, diferente, portanto da causa de pedir invocada na ação que pende no Juízo de Família e Menores de xx.

Deste modo, temos de concluir que não se verifica a exceção de litispendência.

Vejam agora a outra questão suscitada relativa à violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes e aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

Neste aspeto, concordamos, na íntegra, com o afirmado nas doudas alegações apresentadas pela requerente nos termos do art.º 982.º/1 do CPC, e que é o seguinte:

“54. *Realce-se ainda que, ao contrário da alínea f), a alínea e) do artigo 980.º do CPC não é de conhecimento oficioso.*
55.- *Bem se compreende que assim seja, já que a recusa de reconhecimento em caso de violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes visa preservar os direitos fundamentais de defesa do réu.*

56. *Assim, apenas o cônjuge prejudicado pela violação de tais princípios pode invocar este requisito de confirmação enquanto fundamento de impugnação do pedido de reconhecimento da decisão estrangeira (Cfr. Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado. Reconhecimento de decisões estrangeiras, III, tomo II, pág. 227)*

57. *Ou seja, o Requerido não tinha sequer legitimidade para invocar o preceito em questão, sendo certo que a Requerente, que teria essa legitimidade, não pretende fazê-lo neste contexto.*

58. *Quanto ao requisito previsto na alínea f) do artigo 980.º do CPC, refira-se que apesar de o divórcio Talaq poder ser, em abstrato, contrário à ordem pública internacional do Estado Português, designadamente por violação do princípio da igualdade, há que realizar uma análise concreta antes de extrair daí consequências.*

59. Neste contexto, atente-se nos ensinamentos de FERRER CORREIA:

“O repúdio da mulher portuguesa pelo marido muçulmano ofende o preceito constitucional que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges. Mas se a mulher deu o seu assentimento ao repúdio — ou no próprio acto ou mesmo posteriormente — não se descortinam razões para fazer apelo à ordem pública; isto no caso de o repúdio ter sido realizado no estrangeiro, nos termos do art.º 31.º, n.º 2 do Cód. Civ.. O mesmo se diga se é a mulher quem pede em Portugal o reconhecimento dos efeitos do repúdio, v. gr., porque pretende contrair segundo casamento” (Cfr. A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, 2000, Almedina, Coimbra, págs. 415-416).

60. Ainda na doutrina veja-se, por exemplo, o entendimento de MARIANA SILVA DIAS:

“(…) Como mencionámos anteriormente, a apreciação destas situações tem de ser feita caso a caso e não abstratamente, por isso pode haver variantes a este entendimento, nomeadamente, quando é a mulher a intentar a ação de reconhecimento, ou, no caso de ser o homem, esta não se opuser e der o seu consentimento tácito ou expresso” (Cfr. Mariana Madeira da Silva Dias, “O Reconhecimento do Repúdio Islâmico pelo Ordenamento Jurídico Português: a exceção de ordem pública internacional”, in *Julgar*, n.º 23, 2014, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 313).

61. No mesmo sentido, veja-se a posição de JOÃO GOMES DE ALMEIDA:

“O mero facto de o talak constituir um modo de dissolução do casamento com fundamento apenas na vontade de um dos cônjuges não é suficiente para violar a ordem pública internacional portuguesa. O instituto do talak é suscetível de violar a ordem pública internacional portuguesa porque coloca o cônjuge mulher numa situação de inferioridade, não lhe concedendo um direito que é concedido ao cônjuge marido. Porém, há que ter presente que, por força da conceção aposteriorística da ordem pública internacional, podem existir casos concretos em que essa desigualdade não será suficiente para desencadear a atuação da ordem pública internacional. Uma dessas situações é a prevista no caso sob análise, pois é o cônjuge mulher que pede o reconhecimento da decisão estrangeira de repúdio unilateral. Ao pedir o reconhecimento da decisão estrangeira, o cônjuge mulher está a manifestar a sua vontade de que a dissolução do casamento seja também reconhecida em Portugal. Dito de outro modo, está a demonstrar que também quer que o casamento seja considerado como dissolvido. Deste modo, a desigualdade existente em abstrato no instituto, não suscita problemas de ordem pública

internacional no caso concreto, uma vez que ambos os cônjuges (ainda que o cônjuge mulher possa ter manifestado essa vontade apenas posteriormente) pretendem que o casamento termine e a ordem pública internacional portuguesa não se opõe a que um determinado casamento cesse por vontade de ambos os cônjuges. Entendo, por isso, que o reconhecimento desta decisão estrangeira não conduz a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português” (Cfr. João Gomes de Almeida, “Casos práticos de divórcio transnacional”, in *Direito Internacional da Família, Formação Contínua* (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019), págs. 57–89, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_DireitoFamilia.pdf, tópicos de resolução do caso prático n.º 4, págs. 87 e seguintes).

62. Esse é também o entendimento da jurisprudência, podendo indicar-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/4/2020:

“(...) em abstracto, o divórcio muçulmano decorrente da vontade unilateral do marido não é aceitável segundo a OPI (do Estado português), por violação do princípio da igualdade. Os autores chamam, no entanto, a atenção para que a questão não deve ser apreciada em abstracto, mas em concreto, e que a ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado só deve levar a que não se aceite o resultado da aplicação do direito estrangeiro que esteja em causa, quando a situação jurídica, que foi por ele regulada, tenha uma conexão muito próxima com o Estado português; não a tendo, o tribunal português não se deve imiscuir na questão. Para além de não o dever fazer quando é a própria mulher que vem pedir o reconhecimento da sentença estrangeira” (Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/4/2020, proc. 405/19.3YRLSB-2, in www.dgsi.pt).

63. Como se pode concluir, se for a mulher a pretender prevalecer-se do divórcio Talaq, a ordem pública internacional portuguesa não deverá intervir”. Tal argumentação é correta, pertinente e completa, pelo que se adere integralmente à mesma.

Quanto ao alegado pelo requerido nas suas alegações, constata-se que é totalmente improcedente. Desde logo pela completa inversão de valores em que incorre ao pretender imputar uma fraude à lei e uma atuação de má-fé à requerente com fundamento no seguinte:

“Se tal não bastasse para justificar a improcedência da presente ação, deve ainda ser salientado, mais uma vez, a verdadeira intenção da Requerente com o desfecho dos presentes autos: a revisão e confirmação da sentença inglesa, relativamente aos efeitos patrimoniais do divórcio, conseguindo, assim, enriquecer às custas do Requerido. Isto é, a presente ação está a ser completamente instrumentalizada pela Requerente de modo a atingir o seu fim último, tanto assim que a sua argumentação se baseia maioritariamente em tentar desvalorizar a questão da decisão dos tribunais ingleses sobre os efeitos patrimoniais do divórcio, trazida à colação pelo Requerido, o que somente demonstra a importância e relevância da mesma face ao impacto que o desfecho dos presentes autos irá ter na mesma”.

E, por outro lado, vê a sua própria conduta como perfeitamente legítima, dizendo que: “Por último, cumpre apenas voltar a enfatizar que o Requerido não incorre em abuso de direito ao ter tentado a ação de divórcio nos tribunais competentes, tendo de seguida requerido o Talaq, dado que o mesmo apenas se encontrava a cumprir com todos os procedimentos e regras legais por forma a divorciar-se da Requerente salvaguardando as suas convicções religiosas”.

É evidente que a requerente, ao pretender prevalecer-se da decisão proferida pelos tribunais do Reino Unido que lhe concedeu direitos patrimoniais em consequência do divórcio, está a exercer um direito perfeitamente legítimo e se houver algum fundamento para que o requerido deduz a uma legítima oposição ao reconhecimento dessa decisão, terá oportunidade de o fazer no competente processo, que não é este.

É também evidente que o requerido, ao afirmar que estava no seu direito “ao ter tentado a ação de divórcio nos tribunais competentes, tendo de seguida requerido o Talaq”, pretendendo com isso salvaguardar “as suas convicções religiosas”, e, simultaneamente, deduzindo oposição ao reconhecimento dessa mesma decisão Talaq, está a agir em gritante

abuso de direito, constituindo a sua atuação aquilo que se designa por *venire contra factum proprium*.

Segundo o acórdão do STJ de 12.11.2013^[2], “são pressupostos desta modalidade de abuso do direito – *venire contra factum proprium* – os seguintes: a existência dum comportamento anterior do agente susceptível de basear uma situação objectiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas (anterior e actual) ao agente; a boa fé do lesado (confiante); a existência dum “investimento de confiança”, traduzido no desenvolvimento duma actividade com base no *factum proprium*; o nexo causal entre a situação objectiva de confiança e o “investimento” que nela assentou”. Como facilmente se constata, todos os mencionados pressupostos estão presentes na situação dos autos.

A consequência de tal abuso de direito é tornar ilícita a conduta do seu autor, devendo o julgador obstaculizar aos efeitos pretendidos pelo agente. No caso, pretendendo o requerido obstaculizar ao reconhecimento do divórcio que ele próprio tomou a iniciativa de requerer, *a forma de impedir que obtenha sucesso por via da sua atuação ilícita é conceder o reconhecimento pretendido pela requerente*.

Ante o exposto, considera-se estarem verificados os requisitos necessários para a confirmação da decisão nos termos estabelecidos nos arts. 980.º e 984.º do CPC: (i) a dissolução do vínculo matrimonial foi proferida pela entidade legalmente competente do país de origem da decisão; (ii) não versa sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses (art. 63º do CPC); (iii) não lhe podem ser opostas exceções de litispendência ou caso julgado, com fundamento em causa afeta a tribunal português; (iv) a eventual inobservância dos princípios do contraditório e igualdade das partes não pode ser aqui invocada porquanto essa inobservância afetaria única e exclusivamente a própria

requerente; (v) e não é o seu reconhecimento susceptível de conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, nos termos que acima se expuseram (art. 984.º do CPC).

Impõe-se, assim, dar procedência à pretensão da requerente.

*

Decisão

Face ao exposto, decide-se conceder a revisão e confirmar a sentença proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, Emirados Árabes Unidos, em xx, que confirmou o divórcio determinado pela iniciativa unilateral do requerido de se divorciar da requerente, operando dessa forma, por divórcio, a cessação do vínculo matrimonial entre a requerente e o requerido, para que a mesma produza efeitos em Portugal.

*

Custas pelo requerido, por ter deduzido oposição à pretensão (artº 535º/1 do CPC), fixando-se o valor da ação em 30.000,01€ (artºs 527º/1 e 2, 306º/1 e 2 e 303º/1, todos do CPC). Proceda-se às comunicações registrais (artigo 7º, n.ºs 1 e 2, do Cód. Reg. Civil). Notifique e registre.

TRL, 06-jul-2023

Jorge Almeida Esteves

Teresa Soares

Octávia Viegas

[1]. Obviamente que, relativamente a Portugal, continua em vigor.

[2]. Proferido no procº nº 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, in www.dgsi.pt.

Anotação

1. *Introdução.* O presente acórdão da 6.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa decide uma controvérsia que há muito ocupa os tribunais portugueses, tendo inclusivamente já dado origem a uma intervenção da nossa mais elevada jurisdição¹. E pronuncia-se sobre um problema de particular importância no domínio do processo civil internacional, mais particularmente, em sede de reconhecimento de sentenças estrangeiras. A este propósito, ocupa-se, entre outras questões, da actuação da ordem pública internacional no caso do reconhecimento processual de uma forma de divórcio existente no direito muçulmano (caracterizada pelo repúdio da mulher pelo marido) e do contexto em que deve ser balizada a sua intervenção.

Na presente anotação, começaremos por resumir quer os factos essenciais que estão na origem daquela controvérsia quer a anterior intervenção dos nossos tribunais a este propósito (I), para analisar em seguida a resposta dada às questões suscitadas pela decisão acima transcrita (II). Ao comentarmos, depois, esta pronúncia não deixaremos de salientar a importância do seu contributo para a recepção, pelo ordenamento português, de conteúdos normativos estrangeiros à primeira vista inassimiláveis pelo nosso sistema jurídico, porque contrários aos seus princípios essenciais (III). O que nos permitirá, em via conclusiva, caracterizar melhor o jogo da excepção de ordem pública internacional quando se encontra em causa um instituto como o *talak* do direito islâmico, assim prosseguindo esforços anteriores da

nossa jurisprudência², como da doutrina³, a este respeito (IV).

2. *Os factos e a anterior intervenção dos tribunais portugueses no diferendo.* A situação sobre que o presente acórdão vem de algum modo a intervir emerge de uma relação matrimonial constituída em Kobe, Japão, em 5 de junho de 1969, através de um casamento religioso islâmico, posteriormente transcrito no Registo Civil Português.

Mais tarde, em 6 de janeiro de 2015, o cônjuge do sexo feminino (A) veio pedir o divórcio no Reino-Unido, tendo o marido (B) contestado, em 27 de fevereiro seguinte, a competência dos tribunais ingleses para essa acção, e introduzido, por sua vez, a 4 de março desse mesmo ano, uma acção de divórcio no Tribunal de Família e Menores de Lisboa. Face à contestação, por A, por sua vez, da competência dos tribunais portugueses, e à invocação da existência de litispendência com o processo anteriormente iniciado no Reino-Unido, aquele tribunal, por despacho de 27 de julho de 2016, suspendeu o processo até à pronúncia de uma decisão final naquele país, suspensão que seria sucessivamente prorrogada⁴.

Em 8 de julho de 2015 A foi notificada de que fora proferido em 20 de março de 2015 um divórcio religioso (*talak*) nos Emiratos Árabes Unidos,

² Cfr. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de outubro de 2007 (relatado pelo Desembargador Jorge Leal e igualmente subscrito pelos Desembargadores Nelson Carneiro e Américo Marcelino), e de 19 de novembro de 2019 (relatado pela Desembargadora Amélia Alves Ribeiro e igualmente subscrito pelos Desembargadores Dina Monteiro e Luís Espírito Santo), e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de setembro de 2022 (relatado pelo Conselheiro Rijo Ferreira e igualmente subscrito pelos Conselheiros Cura Mariano e Fernando Baptista).

³ Vide, em particular, Mariana Madeira da Silva Dias, «O reconhecimento do repúdio islâmico pelo ordenamento jurídico português: a excepção de ordem pública internacional», in *Julgar*, n.º 23 (2014), p. 293-315, e Rui Manuel Moura Ramos, «O Talak nos Tribunais Portugueses» (cit. *supra*, nota 1).

⁴ Resultando da decisão em comentário que a última prorrogação constava de um despacho de 7 de janeiro de 2019 (ponto 17 da Motivação de facto).

¹ Falamos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de setembro de 2022, que analisámos no estudo «O Talak nos Tribunais Portugueses», in *A Revista*, 03 (Jan. a Jun. 2023), p. 51-80 (58-65 e 71-76).

com base na *Sharia* (confirmado pelo tribunal da *Sharia* a 23 de março seguinte), pelo que o juiz inglês declarara em audiência de 30 de Julho desse ano estarem as partes já divorciadas⁵, «não obstante o facto de o marido ter iniciado uma acção de divórcio em Portugal», tendo então A apresentado um pedido de assistência financeira após divórcio estrangeiro. A decisão final sobre este último pedido seria proferida em 12 de outubro de 2016, nela se frisando não constituir o processo em questão «uma acção de divórcio mas uma acção patrimonial na sequência de um divórcio estrangeiro», em que o cônjuge requerido tinha tido intervenção, tendo-se submetido ao tribunal sem contestar a respectiva competência⁶. Nesta conformidade, o juiz determinou a transferência da propriedade de diversos bens imóveis (alguns deles sítios em Portugal) para a Requerente e o pagamento a esta de uma quantia em dinheiro. B interpôs recurso desta decisão que não foi admitido, pelo que a sentença se tornou definitiva. Mais tarde, em 19 de outubro de 2018, a *Family Division* do *High Court of Justice* do Reino Unido proferiria uma decisão em que, *inter alia*, reafirmaria, a propósito do divórcio *talak* pronunciado por B em 20 de março de 2015 e confirmado pelo tribunal da *Sharia* a 23 de março seguinte, constituir este, para os tribunais ingleses, um processo de divórcio estrangeiro válido, pelo que o juiz do processo havia concluído na referida audiência final de 12 de outubro de 2016 que «embora o marido tenha dado entrada de uma acção de divórcio em Portugal, o casamento foi, efectivamente, dissolvido pelo processo *talaq* nos Emirados Árabes Unidos a pedido do Requerido».

⁵ Uma vez que A não havia contestado o *talak*.

⁶ Diferentemente, B contestara a competência dos tribunais ingleses para a acção de divórcio.

A introduziu, nos tribunais portugueses, um pedido de reconhecimento da sentença inglesa de 12 de outubro de 2016 «que decidiu sobre a partilha dos bens do casal, de forma a que a mesma possa produzir efeitos em Portugal». Contestado pelo Requerido, o pedido foi no entanto recusado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 29 de abril de 2021⁷, que, partindo do princípio de que «para considerar que os efeitos patrimoniais de um divórcio possam estender-se e produzir efeitos em Portugal, em face da nossa Ordem Jurídica, por via do reconhecimento de uma sentença do Tribunal do Reino Unido que os definiu, não podemos deixar de ter previamente como assente a existência de um divórcio que pode ser invocado e que é eficaz em Portugal», entenderia que «sendo invocado pela Requerente que as partes se encontram divorciadas por ter sido confirmado o seu divórcio pelo Tribunal Sharia dos Emirados Árabes Unidos, ao abrigo da Lei Islâmica, a eficácia de tal divórcio em Portugal está dependente da confirmação ou revisão de tal decisão em Portugal, de acordo com o disposto no art.º 978.º n.º 1 do CPC, dependendo ainda do seu averbamento no registo civil, nos termos dos art.º 1.º, 2º e 7.º do C. Registo Civil, onde se constata que está registado o casamento das partes mas não o seu divórcio»⁸.

Esta decisão viria, contudo, a ser anulada⁹, tendo, porém, o Supremo, ao conceder parcialmente a revista, confirmado o entendimento da Relação de que a sentença estrangeira que regula os efeitos patrimoniais do divórcio de nacional português¹⁰ não

⁷ Relatado pelo Desembargadora Inês Moura e igualmente subscrito pelas Desembargadoras Laurinda Gemas e Gabriela Cunha Rodrigues.

⁸ Sobre este acórdão, cfr. o nosso estudo citado *supra*, na nota 1, p. 60-63, e 74.

⁹ Pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça citado *supra*, na nota 2.

¹⁰ A adquirira a nacionalidade portuguesa em 5 de julho de 1993.

pode ser revista em Portugal sem que aquele divórcio se mostre previamente inscrito no registo civil português. Considerando, todavia, que tal ocorrência constituía uma excepção dilatória, aquele tribunal determinou a absolvição da instância, pelo que a relação matrimonial entre A e B continuou a produzir efeitos em Portugal.

3. *As questões decididas pela decisão em comentário.* É neste contexto que A apresenta agora um pedido de revisão da decisão do Tribunal da Sharia, de Sharjah, Emiratos Árabes Unidos, de 23 de março de 2015, que confirmou o divórcio declarado a 20 do mesmo mês e ano através da iniciativa unilateral do Requerido (B) de repudiar a Requerente (A), «através do procedimento denominado *Talaq*, pelo qual o Requerido se divorciou da Requerente pronunciando as palavras “*taliq*»¹¹.

Na oposição ao pedido, o Requerido (B) contestaria o carácter judicial da decisão¹², invocaria a circunstância de se encontrar a correr termos uma acção de divórcio em Portugal e sublinharia, em qualquer caso, que havia sido violada a ordem pública internacional do Estado Português, por preterição dos princípios do contraditório e da igualdade de armas¹³. Por seu lado, o Ministério Público acompanharia a ideia de que a sentença revidenda era manifestamente violadora da ordem pública in-

ternacional do Estado Português¹⁴, e sublinharia a existência de violação da alínea e) do artigo 980.º do Código de Processo Civil¹⁵ uma vez que no processo não haviam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes¹⁶.

Na apreciação dos fundamentos de oposição à pretensão da Requerente¹⁷, o tribunal começou por salientar a circunstância¹⁸ de todos eles serem integralmente imputáveis ao Requerido¹⁹, sublinhando que o objectivo deste seria o de evitar que a Requerente obtivesse a revisão e confirmação da decisão proferida pelos tribunais do Reino Unido que lhe concedera direitos patrimoniais em consequência do divórcio. E, passando à excepção dilatória de litispendência²⁰, concluiu pela sua não verificação

¹⁴ Por se basear na declaração unilateral de repúdio por parte do marido, efectuada ao abrigo da Sharia.

¹⁵ De ora em diante também, simplesmente, CPC.

¹⁶ Questão que, nos termos do artigo 984.º do mesmo Código é susceptível de conduzir à negação do pedido de confirmação quando o juiz assim conclua «pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções».

¹⁷ Que consideraria terem sido a existência de litispendência com um processo de divórcio que corria nos tribunais portugueses, a violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas e a contrariedade aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

¹⁸ Que entendeu ser de bastante importância para a apreciação jurídica da causa.

¹⁹ Chamando a atenção para o facto de o Requerido, após a Requerente ter instaurado contra ele uma acção de divórcio no Reino Unido, ter proposto em Portugal uma acção com o mesmo objectivo, tendo obtido imediatamente a seguir o divórcio *talaq* nos Emiratos Árabes Unidos, cuja confirmação igualmente obteve nos tribunais deste Estado.

²⁰ A litispendência existiria entre a acção que terminou pela sentença estrangeira cujo reconhecimento é pedido no processo que conduziu à prolação do acórdão em comentário e aquela outra que, proposta pelo Requerido, se encontra suspensa nos tribunais portugueses (*rectius*, no tribunal de família e menores).

Quanto à litispendência entre esta última acção e aquela que a Requerente propôs no tribunal inglês, sublinha também correctamente o acórdão que se encontrava regulada pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (que na altura ainda ligava o Reino Unido), cujo artigo 19.º, n.º 1, opera com uma noção de litispendência (que se basta com a existência de dois processos de divórcio entre as mesmas partes) diversa da que prevalece no nosso direito processual comum e determina a suspensão

¹¹ Trata-se de uma modalidade de divórcio (*o Bayan Talak*) que permite que, no casamento, o marido ponha termo à relação matrimonial através da pronúncia perante terceiros, designadamente um notário, de uma declaração (*o Talak*, ou *talaq*) que produz aquele efeito. De acordo com a *Sharia* (a lei islâmica), essa declaração é irrevogável e constitui uma prerrogativa exclusiva do marido, significando, em relação ao respectivo cônjuge, que «A partir de hoje ela já não será minha mulher e eu não serei seu marido».

Nos nossos quadros jurídicos, poderíamos dizer que se trata assim de uma modalidade de divórcio através do repúdio da mulher pelo marido.

¹² Sublinhando que resultava de uma declaração unilateral.

¹³ Adiantando que tal conclusão não era afastada pelo facto de o Requerido ele próprio pretender igualmente obter o divórcio.

por falta de identidade da causa de pedir nos dois processos²¹, uma vez que esta seria constituída, num caso, pela vontade unilateral do Requerido, e, no outro, pelos factos alegados pelo Autor²² na respectiva petição inicial.

Quanto aos demais fundamentos de oposição apresentados pelo Requerido, o tribunal aderiria à posição da Requerente, que de resto incorporou na Motivação de direito da sua decisão. Assim, sobre a violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes cuja observância no processo estrangeiro é exigida pela alínea e) do artigo 980.º do CPC, salientaria que, nos termos do já referido artigo 984.º do CPC, essa questão não é de conhecimento oficioso²³ e que o Requerido não teria sequer legitimidade para a suscitar, uma vez que «apenas o cônjuge prejudicado pela violação de tais princípios pode invocar este requisito de confirmação enquanto fundamento de impugnação do pedido de reconhecimento da decisão estrangeira»²⁴.

Já quanto ao desrespeito dos princípios da ordem pública internacional, pondera-se que «apesar de o divórcio *Talaka* poder ser, em abstrato, contrário à ordem pública internacional do Estado Português, designadamente por violação do princípio

da igualdade, há que realizar uma análise concreta antes de extrair daí consequências». E essa análise leva o tribunal a invocar o conforto da doutrina e da jurisprudência nacionais que se têm expressado no sentido de que se a mulher dá o seu assentimento ao divórcio ou se é ela que pede o reconhecimento dos seus efeitos não há que fazer apelo à ordem pública²⁵, podendo por isso concluir-se que «se for a mulher a pretender prevalecer-se do divórcio *Talaka*, a ordem pública internacional portuguesa não deverá intervir».

Posto isto, o tribunal salientaria a improcedência das demais alegações do Requerido, sublinhando a completa inversão de valores em que este incorre, ao pretender imputar uma fraude à lei e uma actuação de má-fé à Requerente²⁶, e o *venire contra factum proprium* que decorreria de pretender aniquilar os efeitos de um acto que livremente tinha decidido praticar, e concluiu pela procedência da pretensão da Requerente, reconhecendo os efeitos em Portugal da sentença do Tribunal de Sharjah que confirmara o *talak* pelo qual se pôs fim à relação matrimonial entre A e B, por se encontrarem preenchidos os diversos pressupostos de que na nossa lei depende a respectiva revisão²⁷.

4. *O contributo trazido pela presente decisão.* Começaremos por dedicar alguma atenção à invocação do Requerido, a que o tribunal não respon-

oficiosa da instância iniciada no tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar até que seja estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar.

²¹ O tribunal sublinha com razão que, estando em causa um processo que correu numa jurisdição exterior à União Europeia (o tribunal de Sharjah, nos Emiratos Árabes Unidos), a norma pertinente para a apreciação da existência de litispendência é a do direito processual civil português de fonte autónoma (constante, na circunstância, do CPC).

²² Na circunstância, o Requerido na acção de reconhecimento.

²³ O que se justificaria pelo facto de a recusa de reconhecimento com esse fundamento visar preservar os direitos fundamentais de defesa do réu.

²⁴ Tal como é expressamente defendido por Luís Lima Pinheiro, in *Direito Internacional Privado*, Volume III – Tomo II *Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 3.ª Edição Refundida, Lisboa, 2019, AAFDL Editora, p. 227.

Sublinhando igualmente que o Requerente, que teria essa legitimidade, não pretende no caso concreto invocar este fundamento.

²⁵ Neste sentido cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 2000, Almedina, p. 415-416, Mariana Madeira da Silva Dias, «O reconhecimento do repúdio islâmico pelo ordenamento jurídico português: a excepção de ordem pública internacional» (cit. supra, nota 3), p. 313, e João Gomes de Almeida, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2017, Almedina, p. 626-628, e a decisão singular do Desembargador Pedro Martins proferida no Tribunal da Relação de Lisboa a 7 de abril de 2020.

²⁶ Ao pretender que esta se limitaria a pretender criar as condições para tornar possível a revisão da sentença inglesa relativa aos efeitos patrimoniais do divórcio.

²⁷ E que, como é sabido, constam das diversas alíneas do artigo 980.º do CPC.

deu expressamente, de que a espécie apresentada a reconhecimento não seria um acto de natureza judicial, mas antes uma mera declaração unilateral (do Requerido). A revelar-se fundada, esta afirmação conduziria à conclusão de que a pretensão da Requerente seria improcedente, por se não enquadrar na previsão do artigo 978.º, n.º 1, do CPC, que apenas contemplaria o reconhecimento de decisões, e não de simples declarações unilaterais²⁸. Simplesmente, e como de algum modo resulta ao menos implicitamente da decisão em comentário, o acto sujeito a reconhecimento é inequivocamente um acto de natureza judicial (a sentença do Tribunal de Sharjah, dos Emiratos Árabes Unidos, de 23 de março de 2015), ainda que se limite a confirmar a declaração unilateral do Requerido que põe termo ao casamento, proferida em 20 desse mesmo mês²⁹.

No que diz respeito, agora, à improcedência da excepção de litispendência, não pode deixar de se acompanhar a linha discursiva do tribunal. Na verdade, a noção a que alude a alínea d) do artigo 980.º pressupõe a triplíce identidade (de sujeitos, pedido e causa de pedir) referida no n.º 1 do artigo 581.º do CPC, e, no caso, falta esta última, uma vez que a pretensão deduzida nas duas acções não procede do mesmo facto jurídico³⁰, pois que numa espécie está em causa a vontade unilateral do Requerido e noutra a violação, por este, dos deveres conjugais. Tan-

to basta, naturalmente, para a impossibilidade de mobilização da regra da alínea d) do artigo 980.º, e para a consequente improcedência do fundamento de recusa da confirmação nela previsto.

Quanto à observância dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, exigida pela alínea e) do artigo 980.º, cumpre ter presente que o acórdão não afasta a sua violação, preferindo sublinhar que o Requerido careceria de legitimidade para suscitar esta questão. De todo o modo, sempre o tribunal a poderia apreciar oficiosamente, como de facto o veio a fazer, uma vez que facilmente constataria o não preenchimento desta condição, pelo «exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções», sendo que tal lhe é consentido pelo artigo 984.º do CPC.

De todo o modo, mesmo sem ter feito expressamente apelo a esta disposição, o tribunal não deixou de apreciar a verificação do requisito a que nos referimos, ainda que de forma indirecta, no quadro da invocada violação dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português, uma vez que eram precisamente aqueles os princípios cujo desrespeito se encontrava em causa. Na verdade, compreendendo a noção de princípios de ordem pública internacional do Estado Português presente na alínea f) do artigo 980.º não apenas uma dimensão material como uma dimensão processual, nesta última têm necessariamente de se achar incluídos os dois princípios expressamente enunciados na alínea e)³¹, cuja análise não pode deixar de se entender consumida por aquela cláusula geral³².

Passando agora à violação da ordem pública internacional decorrente do desrespeito dos princí-

²⁸ Como se decidiu, por exemplo, no acórdão do mesmo tribunal de 19 de novembro de 2019 (*cit. supra*, nota 2). Para a análise desta decisão, cfr. Moura Ramos, «O Talak nos Tribunais Portugueses» (*cit. supra*, nota 1); e para a fundamentação do ponto referido em texto, cfr., a propósito de uma hipótese desse tipo, Moura Ramos, «Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro», in *Lex Familiae*, Ano 18 (Janeiro-Junho de 2021), N.º 35, p. 105-123.

²⁹ No sentido de que são susceptíveis de revisão e confirmação os actos deste tipo, veja-se, a propósito de sentenças homologatórias de escrituras públicas declaratórias, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2022 (relatado pela Conselheira Catarina Serra e igualmente subscrito pelos Conselheiros Cura Mariano e Fernando Baptista).

³⁰ Como o exige o n.º 4 do artigo 581.º do CPC.

³¹ Os do contraditório e da igualdade das partes.

³² Neste sentido, ainda que face a distintas disposições normativas, cfr. Moura Ramos, «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», *Yearbook on Private International Law*, vol. 2 (2000), p. 25-39.

pios do contraditório e da igualdade de armas, recorde-se que o acórdão reconhece expressamente a violação do princípio constitucional da igualdade dos cônjuges que o repúdio muçulmano indubitavelmente encerra³³. Simplesmente, questiona que tal seja suficiente para desencadear a actuação da ordem pública, sobretudo no caso de ser precisamente o cônjuge mulher que vem pedir o reconhecimento do divórcio decorrente do repúdio unilateral. Na verdade, em tal caso a mulher vem

³³ Ao colocar o cônjuge mulher numa situação de inferioridade, por lhe não conceder um direito que é concedido ao cônjuge marido. Neste sentido se pronunciou, entre nós, ainda que em *obiter dictum*, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de novembro de 2019 [vide *supra*, na nota 2, e a análise que lhe dedicámos em «O Talak nos Tribunais Portugueses» (cit. *supra*, nota 1), p. 53-58 e 67-71]; já no acórdão de 18 de Outubro de 2007 (cit. *supra*, nota 2) a mesma Relação de Lisboa decidira, também num caso de repúdio islâmico, que se não verificara a violação do princípio da igualdade, tendo uma decisão singular de 7 de abril de 2020 (cit. *supra*, nota 25), também aceite a confirmação, afastando a alegação da excepção de ordem pública.

Aquela foi também a orientação seguida em França, pela *Cour de Cassation*, em cinco acórdãos proferidos em 17 de Fevereiro de 2004 (a propósito, cfr. Patrick Courbe, «Le rejet des répudiations musulmanes», *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815-820), depois dos quais a posição aí consagrada, tal como sintetizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *D.D. v. França*, de 8 de Novembro de 2005, passou a ser no sentido de que «même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, [une] décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme (...) est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du Protocole (...) n.º 7 à la Convention (...) que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international (...)» (ponto 27).

Para o debate que teve lugar em França, antes e depois destas decisões, cfr. os trabalhos de Paul Lagarde, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», in *Nouvelles itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, Bruylant, p. 263-282, e «Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial», in *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans-J. Sonnenberger*, München, 2004, p. 481-496, Marie-Laure Niboyet, «Regards français sur la reconnaissance en France des répudiations marocaines», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 58-1 (2006), p. 27-46, e, mais recentemente, «Les répudiations musulmanes à nouveau sur la salete», *Rev. crit. DIP*, juillet-septembre 2021 (3), p. 662-672, e Marie-Claude Najm, «Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)», in *Droit et Cultures. Revue Internationale Interdisciplinaire*, 59 (2010-1), p. 209-229. Quanto ao sistema jurídico helvético, veja-se Clara Wack, «La réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse: la reconnaissance des mariages polygames et la répudiation», in *Die Praxis des Familienrechts*, 2019/4, p. 1148-1173.

precisamente manifestar a sua vontade no sentido da declaração do divórcio³⁴, vontade que se encontrara na impossibilidade de exteriorizar no momento da decisão de repúdio. Longe de envolver em si mesma uma violação do referido princípio, a concessão de efeitos em Portugal à declaração de divórcio (agora por força da implícita manifestação de vontade nesse sentido do cônjuge mulher) corrige de algum modo a total desconsideração dessa vontade no momento próprio, permitindo que a situação familiar se possa reconduzir à vontade de ambos os cônjuges (ainda que a do cônjuge mulher apenas se tenha expresso posteriormente à declaração do divórcio).

Note-se que é apenas este o alcance da fundamentação da decisão. De todo o modo, ela insere-se numa tendência com alguns precedentes no plano legislativo para facilitar em certas circunstâncias o reconhecimento de actos unilaterais de repúdio. Assim, em 2004, numa disposição expressamente dirigida a estas situações, depois de como regra geral ter excluído no seu § 1³⁵ o respectivo reconhecimento, o artigo 57 do Código belga de direito internacional privado viria a no § 2³⁶, per-

³⁴ *Rectius*, da extensão dos efeitos desta declaração à ordem jurídica portuguesa.

³⁵ Dispondo que «Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique».

³⁶ É o seguinte o teor desta disposição: «Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes: 1º l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi; 2º lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 3º lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 4º la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage; 5º aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance». Saliente-se que os fundamentos de recusa do reconhecimento constantes do artigo 25 eram: manifesta contraditoriedade com a ordem pública; desrespeito pelos direitos da defesa; fraude à lei; carácter não definitivo da decisão; competência exclusiva da jurisdição belga; caso julgado; litispendência; ser a competência do tribunal estrangeiro unicamente basea-

mitir expressamente, em determinadas condições, o reconhecimento de tais actos. Esta orientação justifica-se pela tentativa de reduzir as situações jurídicas claudicantes (*limping decisions; situations juridiques boîteuses*), em que a extinção do vínculo conjugal produziria efeitos em determinadas ordens jurídicas mas não noutras, vindo por isso a impedir nestas últimas a reconstituição da vida familiar dos cônjuges (designadamente também daquele que não havia tido a iniciativa da ruptura³⁷).

Ao fazê-lo, não se ignora o carácter essencial do princípio da igualdade que é postergado pelo reconhecimento de efeitos ao acto que em si mesmo encerra a sua violação, sendo precisamente essa a razão que está na base dos termos particularmente limitados em que aquele reconhecimento é admitido. Na verdade, além da homologação da decisão por um tribunal do Estado onde ela fora proferida, exige-se ainda, e para além do respeito dos requisitos geralmente exigidos para a confirmação, que, no momento daquela homologação nenhum dos cônjuges fosse nacional ou residisse habitualmente num Estado que desconhecisse aquela forma de dissolução do casamento e que não houvesse dúvidas sobre a aceitação livre do divórcio por parte do cônjuge mulher. O que implica que, ao exigir-se a inexistência, no momento da confirmação da decisão de repúdio por parte dos tribunais do Estado onde ela

fora proferida, de qualquer conexão de natureza pessoal³⁸ por parte dos cônjuges com uma ordem jurídica que desconhecisse tal forma de dissolução do casamento, se está a limitar o reconhecimento às decisões relativas a situações essencialmente ligadas³⁹ a Estados que reconhecessem aquela particular forma de dissolução do casamento⁴⁰ -- o que, evidentemente, não pode deixar de limitar o alcance do reconhecimento assim desenhado.

Saliente-se, todavia, que, mais perto de nós, tem vindo a ser dispensada a exigência dessa conexão exclusiva⁴¹, no momento da homologação da decisão de repúdio pelos tribunais do Estado em que foi proferida, com ordenamentos jurídicos que conhecessem esta forma de dissolução do casamento. Assim, ela encontra-se ausente de uma decisão recente da *Cour de Cassation*⁴² que, depois de ter recordado expressamente os termos do artigo 5 do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia⁴³, decide que «Lorsqu'une décision de divorce a été prononcée à l'étranger en application d'une loi qui n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce, sa reconnaissance ne heurte pas l'ordre public international, dès lors qu'elle est invoquée par celui des époux à l'égard duquel sont prévues les règles les moins favorables, que la procédure suivie n'a pas été entachée de fraude

da na presença do requerido nesse Estado ou de bens que com a questão não apresentem relação relevante.

Para os precedentes desta solução, na doutrina belga, cfr. Jean-Yves Carlier, «La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?», *Journal des Tribunaux*, 1985, p. 101-108, «Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger», *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1991, p. 165-172, e «La reconnaissance des répudiations», *ibidem*, 1996, p. 131-140.

³⁷ O que de alguma forma se pode entender que constituiria um efeito perverso da actuação da ordem pública. Assim, por exemplo, Claire Staath, «L'exception de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico», *Anuario Español de Derecho Internacional*, t. X (2010), p. 717-729.

³⁸ Nacionalidade ou residência habitual.

³⁹ Ou seja, ligadas pelas conexões referidas na nota anterior.

⁴⁰ O que revelaria a fraca impregnação das ordens jurídicas desses Estados pelos princípios do contraditório e da igualdade das partes, tais como tradicionalmente são entendidos nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica e anglo-saxónica, no domínio matrimonial.

⁴¹ Pela nacionalidade ou pela residência habitual dos cônjuges.

⁴² De 17 de março de 2021, através da sua primeira secção civil.

⁴³ Nos termos do qual «les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution».

et que l'autre époux a pu faire valoir ses droits»⁴⁴. Nos termos desta decisão, o desrespeito pelo princípio da igualdade de armas deixa de constituir, em si mesmo, uma violação da ordem pública internacional, admitindo-se expressamente a existência de regras mais favoráveis a um dos cônjuges que ao outro. Tudo está em que o cônjuge interessado em fazer valer a decisão seja aquele a quem se aplicam as regras menos favoráveis, que o processo seguido se não encontre viciado por fraude, e que o outro cônjuge tenha podido defender os seus direitos.

Pode dizer-se que esta orientação revela uma progressiva maior sensibilidade à necessidade de garantir a estabilidade e continuidade das situações jurídicas, estabilidade e continuidade que se procura apesar da matriz diversa, diríamos mesmo que oposta (no caso, laica e confessional), dos sistemas em que se encontram em causa as respectivas constituição e produção de efeitos. Daí a especial preocupação com o reconhecimento de actos⁴⁵

⁴⁴ Atente-se em que a formulação da decisão deixa de se ater exclusivamente à posição do cônjuge mulher, para se dirigir a ambos, assim cobrindo as diversas situações em que podem existir regras mais favoráveis a um dos cônjuges. É o que se passa, por exemplo, no caso do repúdio mediante compensação (*khol*), pronunciado pelo marido mas a pedido da mulher, em que esta obtém o divórcio mediante o pagamento de uma compensação económica ao marido. Foi sobre esta modalidade de repúdio (distinta do *talak*) que incidiu o acórdão da *Cour de cassation* citado em texto. Sobre esta decisão, cfr. a análise de Marie-Laure Niboyet, «Les répudiations musulmanes à nouveau sur la salete» (*cit. supra*, nota 33).

⁴⁵ Como é o caso do repúdio mas também, em certos casos, do próprio matrimónio. Sobre a questão, cfr. o panorama oferecido por Cristina Campiglio, «Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. XXVI (1990), n.º 4, p. 853-908, e Marzia Rossi, «Matrimonio e Multiculturalismo. Brevi considerazioni sull'istituto del matrimonio poligamico nell'Europa Occidentale e in Italia», *Symposia Melitensia*, n.º 13 (2017), p. 154-166. E, para uma visão global da problemática em que esta questão se insere, vejam-se os trabalhos de Pierre Gannagé, «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 164 (1979-III), p. 339-423, e, mais recentemente, Jean Deprez, «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe Occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *ibidem*, t. 211 (1988), p. 9-372, e, por último, Léa Gannagé,

cuja constituição provavelmente seria impossível fora do círculo de sistemas em que prevalece a respectiva matriz, em razão da profunda diferença das concepções em que assentam.

5. *Reflexos sobre a actuação da cláusula de ordem pública internacional*. Finalmente, apenas algumas palavras para sublinhar a importância desta última linha de força sobre o mecanismo da ordem pública internacional.

Começaremos por recordar que, no primeiro acórdão a que no presente estudo nos referimos⁴⁶, a Relação de Lisboa afastou a aplicação desta cláusula por entender que a sentença então revidenda⁴⁷ conduzia a um efeito jurídico admitido pela ordem jurídica portuguesa, e que o seu fundamento (a vontade exclusiva de um dos cônjuges) não afrontava (ao menos manifestamente) a ordem pública internacional do Estado português. Concedendo existir no direito marroquino uma violação do princípio da igualdade por se recusar à mulher «a possibilidade de pôr fim ao casamento por sua exclusiva vontade, nos mesmos termos em que tal é reconhecido ao homem», o tribunal entendeu porém não ser isso que se encontrava em causa na sentença apresentada a reconhecimento, ao que acrescia o facto de não ter existido manifestação de oposição à dissolução do casamento por parte do cônjuge mulher e de existir um «nexo manifesto entre o ordenamento jurídico aplicado e a situação regulada»⁴⁸, pelo que concedeu a confirmação requerida. E isto, essencialmente, por, no seu en-

«Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures», *ibidem*, t. 357 (2011-V), p. 223-490.

⁴⁶ O acórdão de 18 de outubro de 2007 citado *supra*, na nota 2.

⁴⁷ Que decretara, por homologação, a dissolução de um casamento na sequência de um procedimento intentado pelo cônjuge marido.

⁴⁸ Atendendo à nacionalidade da mulher e à sua residência em Marrocos à data do decurso do processo.

tender, sendo definitiva a sentença⁴⁹, o resultado da decisão a rever não colidir com a ordem pública internacional portuguesa.

Já no acórdão, também da Relação de Lisboa, de 19 de novembro de 2019⁵⁰, se voltou ao que chamaríamos de entendimento tradicional nesta matéria, uma vez que se decidiu, ainda que em *obiter dictum*⁵¹, que a ordem pública internacional do Estado português se achava violada quer pela «desconsideração total de um dos cônjuges no procedimento de divórcio, com violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas», quer pelo facto de «não existir qualquer indício de terem sido acautelados os direitos/interesses das crianças menores filhos do casal».

Mas aquela Relação voltaria à sua posição anterior com a decisão singular de 7 de abril de 2020⁵², de cuja fundamentação parece decorrer que a violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas (que em abstracto se reconhece existir⁵³ e que integraria a desconformidade da decisão revivida com a ordem pública internacional do Estado Português) não seria susceptível de em concreto conduzir à recusa da confirmação uma vez que esta não deixava de ser possível pelo facto de a decisão de divórcio resultar da simples vontade unilateral de um dos cônjuges (o marido), sem qualquer con-

trole ou intervenção por parte de uma qualquer autoridade⁵⁴.

Com a decisão objecto do presente comentário, o tribunal da Relação volta a reconhecer que o divórcio *talak* conhecido do direito muçulmano, em que a dissolução do vínculo matrimonial é obtida por mera declaração do marido face à mulher, é susceptível de ofender os princípios de ordem pública internacional do Estado Português, quer pela sua natureza discriminatória⁵⁵, quer pela total inexistência de contraditório no processo. Mas afasta o obstáculo ao reconhecimento que daí decorreria pelo facto de ser o próprio cônjuge mulher que pretende o reconhecimento da decisão confirmativa do *talak*.

Esta posição filia-se directamente no entendimento que sustenta a excepcionalidade da ordem pública internacional e que reflecte a concepção aposteriorística deste instituto, ao salientar que o que realmente importa para que a sua actuação seja desencadeada é o facto de o efeito jurídico da inserção da decisão estrangeira na nossa ordem jurídica contrariar os princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico. E o contributo específico desta decisão resulta de se afirmar claramente que tal não ocorre por ser o cônjuge mulher que pretende o reconhecimento da decisão, sendo esta a circunstância que se apresenta como a *ratio decidendi* da presente decisão.

A solução é perfeitamente compreensível, uma vez que, na balança da ponderação a fazer entre o princípio da continuidade e da estabilidade das relações jurídicas, por um lado, e a defesa dos prin-

⁴⁹ Por o cônjuge marido ter deixado expirar o prazo para exercer a faculdade de revogar o repúdio.

⁵⁰ *Cit. supra*, nota 2.

⁵¹ Na verdade, o tribunal denegaria o reconhecimento pelo facto de no documento apresentado a revisão se não encontrar em causa uma decisão, mas sim uma declaração unilateral, proferida pelo requerente da revisão, perante um notário, recordando a propósito que «a orientação mais recente da jurisprudência do STJ, tem entendido que apenas as decisões, e não também as declarações, podem ser revistas». Cfr o nosso «O Talak nos Tribunais Portugueses» (*cit. supra*, na nota 1), p. 55-58.

⁵² *Cit. supra*, nota 25.

⁵³ Uma vez que se tratava, na circunstância, de um divórcio decidido unilateralmente pelo marido.

⁵⁴ Não nos é possível acompanhar este discurso argumentativo, que cremos confundir a revisibilidade do acto, considerada em abstracto, com os termos em que ela deve ter lugar, ainda que a decisão individual sublinhe igualmente a ausência de uma conexão relevante entre a situação em causa e o Estado Português.

⁵⁵ Uma vez que tal faculdade não é reconhecida à mulher.

cípios fundamentais da ordem jurídica, por outro, a prevalência que àquele é reconhecida decorre de com ela se satisfazer um interesse do cônjuge-mulher, precisamente aquele que havia sido discriminatoriamente tratado pela decisão estrangeira. Ora, o reconhecimento permitiria de algum modo “sanar” aquela violação, no que toca ao condicionalismo de que é feito depender a eficácia da dissolução do casamento em Portugal, na medida em que ele é requerido pelo membro do casal que é objecto da discriminação em abstracto constitutiva da violação da ordem pública internacional.

Não se pode ignorar que esta via permite uma certa subjectivização (ou individualização) da ordem pública⁵⁶, que pode suscitar uma certa estranheza quando se encontram em causa os princípios fundamentais de uma determinada ordem jurídica. Mas só assim será se olvidarmos que a construção da ordem pública internacional que prevalece na doutrina e na jurisprudência intencionalprivatísticas⁵⁷ a vê como um limite não à aplicação das leis

estrangeiras enquanto tais mas à produção de determinados efeitos da sua aplicação em concreto. Ora o efeito do reconhecimento da presente decisão acaba por se traduzir na extensão à ordem jurídica portuguesa da cessação do vínculo matrimonial. Trata-se de um efeito provocado por um dos membros do casal (o marido) e desejado também pelo outro (a mulher, que, porém, não participou na sua determinação), mas que não pode, enquanto tal, e visto em si mesmo, entender-se que contraria quaisquer princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

É certo que esta abertura pode ser vista como envolvendo de alguma forma uma certa subjectivização da ordem pública internacional⁵⁸, mas a individualização que lhe vai associada não é mais do que um novo aspecto desta tendência que, como tem sido sublinhado⁵⁹, tem marcado na actualidade o conflito de jurisdições.

109

⁵⁶ Na medida em que o efeito típico da sua actuação (no caso, o não reconhecimento de uma sentença estrangeira que faz aplicação de uma lei que frontalmente contraria os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português, e que, por esse facto, não seria aplicável por um juiz que entre nós fosse chamado a decidir a extinção do vínculo matrimonial enquanto tal) pode ser paralisado pela actuação de um dos cônjuges (no caso, o cônjuge-mulher) ao pedir o reconhecimento.

⁵⁷ Cfr., entre muitos outros, os trabalhos de Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, L. G. D. J., Phocion Francescakis, «Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?», in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Anos 27-30 (1966-1969), Paris, 1970, Dalloz, p. 149-178, Erik Jayme, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1989, C. F. Muller, Andreas Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé»,

in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 239 (1993-II), p. 11-116, Markus Voltz, *Menschenrecht und ordre public im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 2002, Markus Renfert, *Über die Europäisierung der ordre public Klausel*, Frankfurt am Main, 2003, Peter Lang, Jacques Foyer, «Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde», in *Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, Dalloz, p. 285-302, e Pascal de Vareilles-Sommières, «L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 371 (2014), p. 153-272.

⁵⁸ Neste sentido, cfr. Guillaume Kessler, «The Individualization of the International Public Policy Exception. A new proposal for the recognition of muslim divorces by the *Cour de Cassation*», *Yearbook of Private International Law*, vol. 22 (2020/2021), p. 435-447.

⁵⁹ Designadamente por Élie Lenglar, «Les conflits de juridictions à l'épreuve de l'individualisme», *Rev. crit. DIP*, avril-juin 2023 (2), p. 317-334.

Jurisprudência

SUMÁRIOS DOS ACÓRDÃOS DO STJ

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o Direito da Família (1.º semestre de 2023)*

JANEIRO

Acórdão de 17-01-2023

Revista n.º 2909/19.9T8VFR.P1-B.S1 - 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

Link: não publicado

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Interesse superior da criança; Critérios de conveniência e oportunidade; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Adoção; Critérios de seleção; Requisitos; Medida de confiança com vista à futura adoção; Revista excecional

Sumário:

- I A intervenção do Estado limita-se às situações em que ocorre um perigo concreto para a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem.
- II Afigura-se inquestionável que o critério fundamental pelo qual o Tribunal tem de pautar a sua apreciação e decisão é o do superior interesse da criança.

* Seleção realizada pelos Juízes Assessores Rui Machado, Ana Luísa Dias, Joana Salvador, Carolina Girão e Sofia Rodrigues.

- III A prevalência de critérios de conveniência e oportunidade não permite ao julgador ignorar normas imperativas. Não lhe consente, nomeadamente, transformar um processo de promoção e proteção em processo de adoção, que tem uma regulamentação própria.
- IV A uma pessoa idónea que recebe uma criança ao abrigo de uma medida de proteção de confiança a pessoa idónea não está vedada a evolução da sua relação com a criança que lhe está confiada para uma solução tendencialmente definitiva relativamente ao projeto de vida dessa criança. Entendimento diverso contrariaria, desde logo, o princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas. A ideia de que uma pessoa não pode candidatar-se à adoção de uma específica criança com a qual estabeleceu já um vínculo afetivo compatível com a relação de filiação não colhe qualquer apoio na lei. Não parece que o facto de a situação de adotabilidade se definir, no estrito cumprimento dos requisitos para a confiança com vista a futura adoção, tendo entretanto em vista a adoção já por uma determinada pessoa, não seja merecedor de acolhimento à luz do que é o superior interesse desta criança - princípio axiológico, fundante e estruturante do Direito das Crianças. Ponderando-se estarem reunidas as condições para esse encaminhamento, não parece justifi-

cável uma solução de encaminhamento para a adoção por “terceiro” se a pessoa idónea a quem a criança está confiada for, pelas entidades competentes - no caso, o organismo da Segurança Social - selecionada como candidata à adoção.

- V Enquanto conceito indeterminado, o “interesse superior da criança” carece de implementação valorativa que deve ter como pauta de valoração ou referência de sentido o direito da criança ao desenvolvimento integral da sua personalidade - i.e., o ponto de vista teleológico que não pode ser descurado.
- VI Os recorrentes não suscitam qualquer questão de inconstitucionalidade normativa quando se limitam a manifestar a sua divergência com o acórdão recorrido, no mero plano da aplicação da lei. Trata-se de uma discordância com a aplicação do direito - e não com a conformidade constitucional de certas normas (ainda que numa certa interpretação).

Acórdão de 19-01-2023

Revista n.º 3396/16.9T8CSC-C.L1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Rijo Ferreira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/d5cd719e1c9b7ecd-8025893d00341839?OpenDocument>

Palavras-chave: Responsabilidades parentais; Progenitor; Morte; Tutor; Interesse superior da criança

Sumário:

Por morte do progenitor a quem estava atribuído em exclusivo o exercício das responsabilidades parentais não ocorre a transferência automática da titularidade desse exercício quer para o progenitor sobrevivente quer para o tutor designado, havendo

de proceder-se à averiguação da situação relacional e social actualizada dos envolvidos para se apurar qual das soluções (as referidas ou outras) deverá o tribunal decretar, por ser a que melhor assegura os interesses da criança.

Acórdão de 19-01-2023

Revista n.º 4060/19.2T8LRS.L1.S1 - 7.ª Secção

Relatora: Fátima Gomes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f928078b9b63bce1802589400059990b?OpenDocument>

Palavras-chave: Maior acompanhado; Conselho de família; Beneficiário; Autonomia da vontade; Violação de lei; Direito Internacional; Interpretação da lei

Sumário:

- I O RJMA consagra o critério do primado da vontade do beneficiário não apenas na escolha do acompanhante, mas também das pessoas que deverão cooperar com este, fiscalizar a sua actuação, e substituí-lo nas suas faltas e impedimentos, o que inclui os membros do Conselho de Família e, em especial, o protutor.
- II Se a decisão judicial não considerou que a beneficiária não dispusesse de capacidade bastante para compreender o acto de escolha dos membros do Conselho de Família, ao nomear como protutor um sujeito, contra a vontade expressa da beneficiária, violou as disposições legais do RJMA, que deverão ser interpretadas à luz do teor da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Acórdão de 31-01-2023

Revista n.º 1605/15.0T8EVR.E2.S1 - 1.ª Secção

Relator: António Magalhães

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/af9f5e66028734968025894a003c9848?OpenDocument>

Palavras-chave: Interesse superior da criança; Medida de confiança com vista à futura adoção; Progenitor; Medida de promoção e proteção; Processo de promoção e proteção

Sumário:

O interesse superior da criança impõe que, antes de se concluir pela incapacidade afectiva dos progenitores para efeitos de aplicação de eventual medida de confiança dos menores para adopção, se proceda, previamente, à avaliação psicológica dos referidos progenitores para avaliar das suas capacidades afectivas e, em caso de possibilidade de melhoria das mesmas, se invista activamente nessa melhoria, de acordo com as directrizes ou linhas de orientação propostas pelos peritos.

Acórdão de 31-01-2023

Revista n.º 251/21.4T8TMR.E1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Isaiás Pádua

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/47e1d1fc-149c77668025894a003f1dc4?OpenDocument>

Palavras-chave: Casa de morada de família; Decisão provisória; Caducidade; Trânsito em julgado; Sentença; Divórcio sem consentimento; Procedimentos cautelares

Sumário:

Os efeitos da decisão proferida na pendência da ação de divórcio que, à luz do incidente previsto no n.º 7 do art. 931.º do CPC, fixa o regime provisório de utilização da casa de morada de família, não caducam (automaticamente) com o trânsito da sentença que decretou o divórcio entre os cônjuges, mas tão-só, e salvo acordo entretanto ocorrido entre aqueles sobre a matéria, com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação instaurada (por qualquer um deles), ao abrigo art. 990.º do CPC, destinada a fixar/regular definitivamente aquela utilização ou então com a partilha dos bens do dissolvido casal (se a casa for objeto dessa partilha e/ou dos acordos nela ocorridos a esse propósito).

Acórdão de 31-01-2023

Revista n.º 242/12.6TMLSB.L1.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Ana Resende

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7e375206ccd-280c180258949003acd83?OpenDocument>

Palavras-chave: Obrigação de alimentos; Ex-cônjuge; Fundamentos; Dever de solidariedade; Indemnização; Culpa; Princípio da necessidade; Regime transitório; Equidade; Deveres conjugais; Violação

Sumário:

I O fundamento último, ético e jurídico, da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges encontra-se num princípio de solidariedade pós-conjugal. Não se pode, com efeito, tratar os ex-cônjuges como se nunca houvessem sido casados, pois o divórcio não pode apagar o passado nem obstar ao desenvolvimento atual de determinadas consequências do matrimónio.

- 114
- II A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, tem uma natureza sobretudo alimentar, não interferindo a culpa, ficando afastada qualquer carácter indemnizatório do direito, mostrando-se a obrigação alimentar entre ex-cônjuges estribada na necessidade do alimentando/possibilidades do alimentante, num entendimento de ultrapassadas considerações de merecimento ou desmerecimento que estariam traduzidas na declaração de culpa no divórcio,
 - III Cada ex-cônjuge deve prover à sua subsistência, nesse sentido a obrigação de alimentos assume-se como excepcional e necessariamente transitória, com decorrentes implicações no seu conteúdo, mais restrito, inexistindo o direito a exigir a manutenção de um padrão de vida de que beneficiava na pendência do casamento.
 - IV O dever de alimentos deve durar durante um curto período transitório, necessário para adaptação do ex-cônjuge mais necessitado, a uma vida economicamente independente, sendo sua, a responsabilidade de prover ao seu sustento, afastando expectativas de perpetuidade.
 - V A cláusula de equidade negativa, prevista no n.º 3 do art. 216.º do CC, leva à denegação do direito de alimentos ao ex-cônjuge necessitado, por ser chocante onerar o outro cônjuge, traduzindo-se numa inexigibilidade da prestação.
 - VI Como elementos integradores da clausula geral estarão as condutas do alimentando, quer antes, quer depois do divórcio, que sejam suficientemente gravosos, em termos objetivos e razoáveis.
 - VII Não tendo a recorrente particulares habilitações, a sua falta de experiência profissional, bem como as limitações decorrentes da incapacidade física verificada e a idade, ultrapassando

os 60 anos, a que acresce a atual conjuntura nacional em termos de disponibilidade de empregos, permite concluir que dificilmente poderá obter um rendimento fixo relevante, por via de atividade profissional, que possa ultrapassar a atribuição feita de RSI.

- VIII Estando em causa a violação de deveres conjugais por parte da recorrente, na vertente do dever de fidelidade e respeito com afetação séria da comunidade conjugal, e o recorrido violado de forma clara, o dever de respeito e de coabitação, revelando a rutura da vida conjugal, não resulta que haja cônjuge “inocente”, pelo que qualquer uma delas não pode ser consubstanciada como um comportamento de tal modo imoral que torne chocante onerar os respetivos autores com uma obrigação de alimentos para um dos cônjuges necessitados, pois se um deles viola um dever conjugal, tal não justifica, nem sana a violação, que em resposta, o outro possa dar.

Acórdão de 31-01-2023

Revista n.º 585/22.0YRLSB.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Ana Resende

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/a38ccb604133f4c-c80258949003adf3e?OpenDocument>

Palavras-chave: União de facto; Revisão de sentença estrangeira; Pressupostos; Princípios da ordem pública portuguesa; Nacionalidade; Requisitos

Sumário:

- I A revisão de sentença estrangeira com vista a operar efeitos jurisdicionais na ordem jurídica nacional é de natureza formal, envolvendo tão

só a verificação da regularidade formal ou extrínseca da sentença revidenda, não pressupondo, por isso, a apreciação dos fundamentos de facto e de direito da mesma;

- II Para a revisão da sentença não podem ser adicionados, e como tal exigíveis, outros requisitos para além dos indicados no art. 980.º do CPC, como a exigência da adequação da ação à finalidade pretendida pela parte, irrelevando assim aferir da idoneidade da decisão revidenda para a obtenção da nacionalidade portuguesa
- III Só tendo cabimento a exceção de ordem pública internacional ou reserva de ordem pública, quando se verifique uma contradição flagrante, com uma ofensa grosseira e correspondente atropelo dos princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica nacional, e em conformidade a conceção de justiça material, tal como é entendida pelo Estado Português.
- IV Na ordem jurídica portuguesa está regulada a união de facto, com similitude à união estável brasileira, ainda que com efeitos e contornos não exatamente coincidentes, mas que em nada afetam os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, permitindo esses mesmos princípios que seja confirmada a decisão revidenda, na ordem jurídica portuguesa.

FEVEREIRO

Acórdão de 02-02-2023

Revista n.º 3/15.0T8BJA.E2.S1 - 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/870cf8abcaea-c2bd8025894b00506f38?OpenDocument>

Palavras-chave: Benfeitorias úteis; Benfeitorias voluptuárias; Direito à indemnização; Valor real; Ónus de alegação; Ónus da prova; Benfeitorias; Crédito; Obras; Enriquecimento sem causa; Requisitos

Sumário:

- I O aumento de valor, para efeito de qualificação de benfeitorias úteis, reporta-se ao valor objectivo ou venal da coisa, também designado por valor comum ou real - independentemente do específico fim a que possa estar temporariamente afectado o beneficiado -, relevando o aumento de valor subjectivo apenas como benfeitorias voluptuárias.
- II Quem formula o pedido de indemnização pelas benfeitorias úteis tem o ónus de alegar e provar factos que permitam concluir que elas não podem ser levantadas sem detrimento da coisa - já assim não será no caso de ser pedido o levantamento das benfeitorias: será, então, ao dono da coisa que cabe invocar o dano, como meio de oposição ao levantamento (circunstância impeditiva), com o consequente reconhecimento do direito a indemnização,
- III ...sendo que o detrimento a que pode dar lugar o levantamento das benfeitorias úteis não se refere a estas, mas, sim, à coisa benfeitorizada.
- IV Estando o ressarcimento ou indemnização das benfeitorias ligado à sua classificação, quer o dono da coisa autorize ou não o seu levantamento, o direito dos benfeitorizantes a serem ressarcidos existe sempre.
- V A aplicação do instituto do enriquecimento sem causa exige a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- a) Existência de um enriquecimento à custa de outrem (uma vantagem de carácter patrimonial que pode assumir-se como um aumento de activo patrimonial, uma diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisa alheia ou exercício de um direito alheio susceptíveis de avaliação pecuniária ou na poupança de despesas).
- b) Existência de um empobrecimento;
- c) Nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento;
- d) Ausência de causa justificativa;
- e) Inexistência de acção apropriada que possibilite ao empobrecido meio de ser indemnizado ou restituído.

VI Tendo a propriedade do prédio onde foram realizadas pelo autor as benfeitorias sido reconhecida em acção própria - fora do processo de inventário para partilha de bens do ex-casal formado pelo autor e segunda ré - nessa acção invocando e logrando provar as rés a aquisição do direito de propriedade por usucapião, o crédito do autor por tais benfeitorias (obras) não tinha de ser exigido ou accionado no âmbito desse processo de inventário.

VII O desconhecimento da medida do enriquecimento e do empobrecimento não prejudica a condenação do réu em enriquecimento sem causa, prevendo, então, a lei, no art. 609.º, n.º 2, do CPC, um incidente próprio para resolver aquela indeterminação.

Acórdão de 02-02-2023

Revista n.º 377/18.1T8FAF.P1.S1- 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <http://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/5ba84b64c-5c0a69d8025894b004ea6d8?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e protecção; Medida de promoção e protecção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Interesse superior da criança; Paternidade biológicas; Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo; Requisitos; Direitos fundamentais; Adoção; Progenitor; Filiação; Poderes de cognição; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

- I Estando os poderes do STJ limitados à sindicância de juízos de legalidade, a questão a apreciar é a de saber se o acórdão recorrido violou algum dos parâmetros legais do decretamento da medida de promoção e protecção de confiança com vista a adopção.
- II Ponderada a factualidade dada como provada, considera-se que o tribunal recorrido subsumiu correctamente a situação de facto aos pressupostos legais formalmente consagrados no art. 1978.º do CC e demais preceitos aplicáveis, não se descortinando qualquer erro na interpretação e aplicação de tais normas nem a violação de nenhum dos princípios gerais norteadores da aplicação de medidas de promoção e protecção, consagrados na CRP, na CEDH e na CNUDC.
- III Conclui-se assim que, efectivamente, conforme ajuizado pelo tribunal da Relação, o inte-

resse das crianças impõe, por verificação da previsão do art. 1978.º, n.º 1, al. d), e n.º 3, do CC, que se lhes aplique, a seu favor, a medida de promoção e protecção de confiança com vista a futura adopção, prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP, medida que se revela proporcional e adequada nos termos fundamentados no acórdão recorrido.

Acórdão de 02-02-2023

Revista n.º 17505/20.0T8LSB-A.L1.S1 - 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/256fde2bc0a-342d28025894b004e8763?OpenDocument>

Palavras-chave: Rapto internacional de menores; Convenção de Haia; Regulamento (CE) 2201/2003; Competência internacional; Tribunais portugueses; Responsabilidades parentais; Guarda de menor; Residência habitual; Recusa; Lei aplicável; Consentimento; Progenitor; Incompetência absoluta

Sumário:

- I De acordo com a jurisprudência do TJUE, em conformidade com a definição de “deslocação ou retenção ilícitas de uma criança” (art. 2.º, n.º 11, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27-11, e art. 3.º da Convenção de Haia de 1980), a legalidade de uma deslocação ou retenção é apreciada em função dos direitos de guarda atribuídos nos termos do direito do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da sua deslocação ou retenção.
- II No caso dos autos, de acordo com o direito espanhol, que corresponde ao direito do Es-

tado-membro no qual a criança tinha a sua residência habitual antes da sua deslocação, a transferência da residência do menor dependia do consentimento expresso ou tácito dos seus dois progenitores, salvo se houvesse decisão judicial que autorizasse a progenitora a deslocar o menor.

- III Concluindo-se que a deslocação do menor para Portugal foi uma deslocação ilícita, é aplicável o disposto no art. 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, de acordo com o qual os tribunais do Estado-membro, onde a criança residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ilícita, continuam a ser competentes até a criança passar a ter a sua residência habitual noutro Estado-membro, desde que, simultaneamente, se verifique alguma das condições previstas na al. a) ou na al. b) do mesmo artigo.
- IV Assim, segundo a interpretação dos arts. 8.º e 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 realizada pelo TJUE, e ainda que se entendesse, por aplicação da regra geral constante do art. 8.º, n.º 1, que o menor tinha adquirido uma nova residência habitual em Portugal, os tribunais portugueses apenas poderiam declarar-se internacionalmente competentes se uma das condições alternativas enunciadas neste art. 10.º, als. a) ou b), estivesse igualmente preenchida, o que não sucede no caso dos autos.

Acórdão de 02-02-2023

Revista n.º 2014/22.0YRLSB.S1 - 7.ª Secção

Relatora: Fátima Gomes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/78df2885dbc372688025894b005a63ba?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira; Perfilhação; Paternidade; Escritura pública; Uniformização de jurisprudência

Sumário:

A declaração do requerente numa escritura pública perante uma autoridade administrativa estrangeira não está abrangida pela previsão do art. 978.º, n.º 1, do CPC, pelo que não pode ser revista e confirmada.

Acórdão de 02-02-2023

Revista n.º 1352/21.4T8MTS.P1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/97d9af7d08e550938025894b005b5b2c?OpenDocument>

Palavras-chave: Impugnação de paternidade; Investigação de paternidade; Caducidade da ação; Prazo de caducidade; Constitucionalidade; Ónus de alegação; Ónus da prova; Acórdão uniformizador de jurisprudência

Sumário:

As disposições dos n.os 1 e 3 do art. 1817.º do CC correspondem a uma compressão dos direitos do investigador adequada, necessária e proporcional à protecção do direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar dos potenciais investigados e do interesse público na certeza e na estabilidade das relações jurídicas familiares.

Acórdão de 15-02-2023

Revista n.º 76/22.0YREVR.S1 - 6.ª Secção

Relator: A. Barateiro Martins

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c407ebc69f030cf80258958002f9b4e?OpenDocument>

Palavras-chave: Adoção; Regime aplicável; Estrangeiro; Residência; Revisão e confirmação de sentença; Revisão de sentença estrangeira; Competência internacional; Decisão da autoridade administrativa

Sumário:

- I O art. 90.º, n.º 2, do RJPA (Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015) é aplicável tão só às adoções internacionais, ou seja, não é aplicável quando os adotantes e a criança adotada residam, todos eles, na data da adoção, no mesmo país estrangeiro.
- II Assim, não é o art. 90.º, n.º 2, do RJPA convocável para definir quem é competente para o reconhecimento da sentença de adoção em causa (ou seja, para o reconhecimento de tal sentença de adoção, não é competente a Autoridade Central, prevista no RJPA), sendo-lhe aplicável o sistema tradicional de controlo prévio de revisão e confirmação das decisões estrangeiras por parte dos órgãos jurisdicionais, ou seja, o processo especial previsto nos arts. 978.º e ss. do CPC.

Acórdão de 15-02-2023

Revista n.º 509/18.0T8ELV-F.E1.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Maria Olinda Garcia

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b595b30208f253ec80258958002f7113?OpenDocument>

Palavras-chave: Insolvência; Ação judicial; Restituição de bens; Separação de bens; Prazo de propositura da ação; Separação de meações; Partilha dos bens do casal; Bens comuns do casal; Inventário; Resolução em benefício da massa insolvente; Citação; Ex-cônjuge; Declaração de voto

Sumário:

Do disposto no art. 1460.º, conjugado com o art. 141.º, n.º 1, al. b), do CIRE não se pode extrair a conclusão de que o processo movido nos termos destas normas (em apenso ao processo de insolvência) se substitui ao competente processo de inventário, quando estão em causa bens comuns do ex-cônjuge do insolvente, mas apenas o reconhecimento de que o direito de pedir a separação da meação pode ser exercido numa fase posterior do processo.

MARÇO**Acórdão de 07-03-2023**

Revista n.º 958/21.6T8VCT-B.G1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Nuno Ataíde das Neves

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f83f6cd35b5e7a168025896c0044fc66?OpenDocument>

Palavras-chave: Recurso de apelação; Responsabilidades parentais; Incumprimento; Dívida de valor; Ação principal; Sucumbência; Admissibilidade de recurso

Sumário:

- I A sentença proferida em incidente de incumprimento das responsabilidades parentais, que julgou improcedente o pedido de o progenitor pagar à progenitora a quantia de € 389,99, correspondente a metade da quantia que aquela alegadamente despendeu com a aquisição de um computador e em consultas de psicologia da menor, não é passível de recurso de apelação, por falta de sucumbência (art. 629.º, n.º 1, do CPC e art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, de 26-08 (LOSJ)).
- II Um incidente desta natureza, de reclamação de despesa feita, assume inteira autonomia em relação à acção principal de regulação das responsabilidades parentais, quase se apresentando como uma acção vulgarmente chamada “de dívida”, pelo que, numa análise casuística que este tipo de situações sempre demanda e merece, perdeu, in casu, a sua configuração no quadro muito particular em que se move o poder-dever de prestar alimentos, este sim de ordem indisponível como assinala a recorrente.
- III Entender esta situação como integrada no poder dever de prestar alimentos, na sua dimensão imaterial, e daí partir para a admissibilidade da apelação, como fez o acórdão fundamento, não obstante os propósitos mais respeitáveis a que tal decisão tenha procurado atender, seria abrir uma “caixa de pandora” para a interposição desmedida e desregrada de recursos, pois tal significaria que qualquer

incidente de incumprimento, por ínfima ou “bagatela” que fosse a quantia pecuniária reclamada por um dos progenitores ao outro, seria, no caso de indeferimento, passível de recurso para um tribunal superior, ficando este sujeito, quantas das vezes, aos caprichos daqueles que “por tudo e por nada”, recorrem aos tribunais neste quadro regulatório parental, para manter aceso um clima de litígio infernalizante com o outro progenitor, ficando assim o tribunal superior refém de propósitos menos sérios, o que o legislador não deixou de ter presente quando criou o sistema legal de acesso aos tribunais superiores por via de recurso.

- 120 IV Ao caso vertente, não é aplicável o art. 298.º, n.º 3, do CPC, regra de cálculo para traduzir a utilidade económica do pedido formulado nas acções de alimentos ali previstas, como critério a partir do qual deve ser aferido valor da sucumbência, porquanto o presente incidente, embora tenha a sua origem no segmento da prestação de alimentos ao menor em que se decompõe a acção principal de regulação das responsabilidades parentais, autonomizou-se deste alargado âmbito, assumindo uma veste própria e distinta daquele complexo, centrando-se apenas no âmbito, que podemos dizer restrito, de discussão de umas quantas despesas que a requerente progenitora teve de suportar e cuja metade vem reclamar ao progenitor requerido, ou seja, no teatro da simples dívida entre pais de uma criança que esteve na origem das despesas, descentrando-se da realidade alimentar propriamente dita, impondo-se concluir que o valor a ter em conta para aferir do valor da sucumbência necessário à interposição do recurso de apelação, se cifra, apenas e só, no referido quantitativo de € 389,99.

- V Num incidente desta natureza, não está em causa o “superior interesse da criança” (que se encontra inscrito como vetor fundamental no art. 7.º da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 20-11-1959, nos arts. 9.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, a 26-01-1990, aprovada pela Resolução da AR n.º 20/90, de 12/09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12-09, e no art. 6.º, al. a), da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, adotada em Estrasburgo, a 25-01-1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13-12-2013 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27-01), pois o cerne de litigância reveste-se de natureza meramente pecuniária, instalado entre os progenitores da menor e só entre estes, sendo que o seu resultado, por de mera dívida entre os mesmos se tratar, em nada contende com o superior interesse, com a sua segurança, bem estar e são crescimento.

Acórdão de 15-03-2023

Revista n.º 2862/11.7TBFUN-C.L1.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Ana Resende

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/c7c056bd14cc-1f9f80258973004f60dd?OpenDocument>

Palavras-chave: Declaração de insolvência; Efeitos do casamento; Bens comuns do casal; Meação; Apreensão; Dívida de cônjuges; Regime de comunhão de adquiridos; Reclamação de créditos; Oposição de acórdãos

Sumário:

- I Em termos de regime patrimonial do casamento, relativamente a um matrimónio, contraído civilmente em 22-11-2003, sem convenção antenupcial, não sido dada notícia da sua dissolução, vigora o regime de comunhão de adquiridos, pelo que fazem parte da comunhão o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos na constância do casamento.
- II Afastada uma relação de compropriedade, os bens comuns traduzem-se numa massa patrimonial, afetada de modo especial aos encargos da sociedade conjugal, e que por isso com um certo grau de autonomia, como património autónomo, pertencente aos dois cônjuges, em bloco, e desse modo sendo os titulares de um direito sobre ela, enquanto propriedade coletiva, consubstanciando-se numa comunhão una, indivisível e sem quotas.
- III Pode-se assim concluir que na pendência do casamento e sociedade conjugal, o direito à meação carece de consistência jurídica.
- IV A sentença que declara a insolvência decreta a apreensão de todos os bens do devedor, ainda que de alguma forma penhorados, apreendidos ou detidos, que passam a constituir a massa insolvente, abrangendo todo o património do devedor à data da declaração da insolvência.
- V A apreensão deve incidir sobre os bens comuns do casal com vista à satisfação de um crédito inerente a dívida que responsabiliza ambos os cônjuges, com os decorrentes reflexos nos demais trâmites processuais, por carecer de apoio legal a apreensão do direito à meação.

Acórdão de 15-03-2023

Revista n.º 1608/20.3T8ALM.L1.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Maria José Mouro

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/a62a34ca-2864563480258973004f87d1?OpenDocument>

Palavras-chave: Casamento; Separação de bens; Enriquecimento sem causa; Imóvel; Casa de morada de família; Obrigação de restituição; Conta conjunta; Abuso do direito; *V e n i r e* contra factum proprium; Nulidade de acórdão; Excesso de pronúncia

Sumário:

- I Havendo o tribunal da Relação respeitado o objecto do recurso - delimitado pelo teor do requerimento de interposição, pelas conclusões e pelas questões de conhecimento officioso - socorrendo-se dos factos provados e para isso se fundando nas disposições processuais atinentes, não se verifica a invocada nulidade por excesso de pronúncia.
- II Tendo autora e réu sido casados no regime da separação de bens e havendo um imóvel adquirido pela ré, com registo a seu favor, sido pago com capitais do autor e da ré, tais circunstâncias traduzem um enriquecimento obtido pela ré à custa do autor.
- III Se a contribuição em dinheiro do autor para a aquisição do imóvel teve como causa a obtenção pelo casal, ambos emigrantes, de uma casa destinada à fruição comum, nela instalando a casa de morada de família regressados que foram a Portugal, com o posterior divórcio, desapareceu supervenientemente a causa da deslocação patrimonial a favor da ré.

- IV Os valores pertencentes ao autor utilizados na compra da casa de que a ré é proprietária foram “recebidos” por virtude de uma causa que deixou de existir (condictio ob causam finitam) havendo lugar à obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa.
- V Pertencendo os valores em dinheiro utilizados na aquisição do imóvel ao autor e à ré sem que se apurasse qual a participação de um e de outro e havendo estado esses valores depositados em contas conjuntas do casal, presume-se a propriedade em comum com quotas iguais relativamente ao autor e à ré.
- VI O direito do autor à restituição com fundamento no enriquecimento sem causa, exercido através desta acção, não excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Acórdão de 28-03-2023

Revista n.º 2404/18.3T8STB-A.E1.S1 - 1.ª Secção
Relatora: Pedro de Lima Gonçalves

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/9b9a2df-01f053520802589830030a1d0>

Palavras-chave: Investigação de paternidade; Inversão do ónus da prova; Impugnação; Período legal da concepção; Ónus da prova; Réu; Recusa; Exame médico; Culpa; Prova

Sumário:

- I O n.º 2 do art. 344.º do CC estabelece que há inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sendo que, no que respei-

ta à recusa da parte em se submeter a exame hematológico nas ações de reconhecimento de paternidade, dar-se-á a inversão do ónus da prova quando o exame for o único meio de provar a filiação biológica e a recusa implique a impossibilidade de o autor fazer essa prova.

- II Perante a inversão do ónus da prova, competia ao réu provar que a autora não é fruto de relações de sexo entre o réu e a mãe da autora e que esta não é sua filha, o que o réu não conseguiu provar, porquanto, como consta do facto provado, não se provou se o relacionamento sexual entre o réu e a mãe da autora terminou antes do período legal da concepção.

ABRIL

Acórdão de 12-04-2023

Revista n.º 4770/20.1T8SNT.L1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Jorge Arcanjo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/ef38242df-09927d680258998002b91e6?OpenDocument>

Palavras-chave: Perfilhação; Impugnação de paternidade; Direito ao nome; Apelido; Princípio da imutabilidade; Direitos de personalidade; Tutela da personalidade; Ónus de alegação; Ónus da prova; Dano; Justa causa.

Sumário:

- I A perfilhação constitui um dos modos de estabelecimento da paternidade (art. 1847.º do CC) e a acção de impugnação da perfilhação (art. 1859.º do CC) é concebida como uma verdadeira impugnação da paternidade, em que o seu deferi-

mento implica que o acto de perfilhação fica sem efeito e por consequência a paternidade.

- II O direito ao nome consubstancia um direito de personalidade, com protecção Constitucional (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e civil (arts. 70.º e 79.º, n.º 1, do CC).
- III Devido à função do nome, enquanto direito de personalidade, vigora o princípio da imutabilidade, ou seja, o nome não pode ser alterado. A lei (art. 104.º do CRC) prevê, no entanto, duas excepções: (i) A modificação mediante autorização do Conservador dos Registos Centrais; (ii) Nas situações taxativamente plasmadas no n.º 2 do art. 104.º do CRC, entre as quais a enunciada na alínea a) “A alteração fundada em estabelecimento da filiação, adopção, sua revisão ou revogação e casamento posterior ao assento”.
- IV Procedente a ação de impugnação da perfilhação, o cancelamento do apelido paterno é uma consequência legal decorrente da alteração da filiação (art. 104.º, n.º 1, e n.º 2, al. a), do CRC).
- V Comunicada a sentença ao registo civil ao averbar-se no assento de nascimento a eliminação menção da paternidade e avoenga paterna deve averbar-se oficiosamente a alteração do nome do registado, consequente da perda do direito aos apelidos relativos à paternidade.
- VI Cabe à demandada na acção de impugnação de perfilhação alegar e provar que a eliminação do apelido paterno lhe causa prejuízos, por violação do direito de personalidade ao nome, ou seja, a alegação de uma justa causa para a manutenção dos apelidos.

Acórdão de 27-04-2023

Revista n.º 1076/17.7T8CSC-G.L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: Não publicado

Palavras-chave: Processo de jurisdição voluntária; Direito ao nome; Direito à identidade pessoal; Princípio da imutabilidade; Direitos de personalidade; Inconstitucionalidade; Interesse superior da criança; Legalidade; Interpretação extensiva; Poderes do tribunal; Critérios de conveniência e oportunidade; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça.

Sumário:

- I As providências tutelares cíveis têm, processualmente, natureza de jurisdição voluntária (art. 12.º do RGPTC) pelo que, nos termos do disposto no art. 988.º, n.º 2, do CPC, não é admissível recurso de revista das decisões proferidas no âmbito do presente processo segundo critérios de conveniência ou oportunidade, apenas sendo admissível o recurso de decisões baseadas em critérios de estrita legalidade.
- II O recurso é admissível na parte respeitante ao fundamento principal do acórdão recorrido: interpretação do regime legal aplicável em matéria de alteração do nome da criança (em especial, na articulação das normas constantes dos arts. 104.º e 278.º e ss. do CRgC com o regime substantivo constante do art. 1875.º do CC e o regime processual constante do RGPTC).
- III O recurso é inadmissível na parte respeitante ao fundamento subsidiário do acórdão recorri-

do, que, com base em juízos de conveniência e oportunidade, entendeu não ter sido demonstrado que o superior interesse da criança justificasse a alteração do nome da mesma.

IV Em relação à questão referida no ponto II do sumário considera-se que, se, de acordo com o nosso direito registal, qualquer pessoa pode requerer a alteração do seu nome, alegando e provando factos ponderosos que o sustentem, estando em causa um menor de idade, havendo justa causa para a alteração do seu nome, em termos que justifiquem a excepção ao princípio da imutabilidade, forçoso será concluir-se que não pode a tutela do interesse do menor ficar dependente da existência de acordo entre os progenitores, pois o direito ao nome e à identidade pessoal pertence a própria criança e não aos seus pais.

V Pelo que a interpretação feita pelo acórdão recorrido dos preceitos contidos no CC e no CRgC, e que constitui o fundamento principal da improcedência da acção - ao inviabilizar, em abstracto, a alteração do nome do menor quando não haja acordo de ambos os progenitores -, põe em causa o próprio direito fundamental ao nome e à identidade pessoal do menor, impedindo a plena realização de tal direito, e incorrendo em violação do art. 26.º, n.º 1, da CRP e das convenções internacionais respeitantes aos direitos das crianças.

VI Assim, considera-se legalmente possível a alteração do nome próprio ou dos apelidos de uma criança, fora dos casos previstos no art. 104.º, n.º 2, do CRgC, em caso de desacordo dos pais, cabendo a decisão ao juiz, através da instauração por um dos progenitores de uma providência tutelar cível nos termos previstos no RGPTC.

VII Porém, não obstante as conclusões dos pontos IV a VI do sumário, cabendo ao juiz decidir em função do superior interesse da criança, em caso de desacordo dos pais nessa alteração, no caso concreto dos autos, de acordo com o ponto II do sumário, não tem o STJ poderes para sindicar a decisão da Relação que, a título subsidiário, concluiu que, no caso concreto, não está demonstrado que o superior interesse da criança justifique a alteração do nome.

MAIO

Acórdão de 03-05-2023

Revista n.º 1182/20.0T8VRL-C.G1.S1 - 6.ª Secção

Relator: Ricardo Costa

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/6e3a7c18dd-fb2429802589a90038804e?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e protecção; Medida de promoção e protecção; Revisão; Princípio do contraditório; Caso julgado formal; Extensão do caso julgado; Pressupostos processuais; Extinção do poder jurisdicional; Despacho; Notificação pessoal; Progenitor; Notificação ao mandatário; Nulidade processual

Sumário:

I O caso julgado formal (art. 620.º, n.º 1, do CPC), relativo a decisões relativas a questões ou matérias que não são de mérito, tem como corolários fundamentais: (i) as sentenças, acórdãos e despachos transitados têm força obrigatória de tal forma que são imodificáveis no interior do processo em que são proferidos

e é inadmissível (ineficaz: art. 625.º, n.º 2, do CPC) decisão posterior e/ou decisão contrária ou desrespeitadora sobre a mesma questão ou matéria sobre o qual incidiram (extinção do poder jurisdicional: art. 613.º do CPC); (ii) o caso julgado constitui-se e produz efeitos “nos precisos limites e termos em que julga” (art. 621.º do CPC).

- II Em acção judicial de promoção e protecção a favor de criança menor, o despacho proferido a ordenar a notificação pessoal no domicílio da progenitora por força e causa da impossibilidade de contacto da mandatária com a referida progenitora representada, para efeitos de aplicação do art. 85.º, em especial n.º 1, da LPCJP (“Os pais, o representante legal e as pessoas que tenham a guarda de facto da criança ou do jovem são obrigatoriamente ouvidos sobre a situação que originou a intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.”), esgota enquanto tal a sua eficácia dentro do processo no âmbito dos seus limites objectivos, determinados de acordo com o âmbito e pressuposto do requerimento a que respondeu, ficando objectivamente restrita e limitada e, como tal, insusceptível de ser exigida fora do seu contexto de aplicação intraprocessual como decisão constitutiva de caso julgado formal para toda e qualquer notificação ulterior no processo, nomeadamente para afastar a aplicação da notificação através de mandatário judicial, nos termos do art. 247.º, n.º 1, do CPC; sem violação, portanto, dos arts. 620.º, n.º 1 e 621.º do CPC.

Acórdão de 09-05-2023

Revista n.º 327/22.0T8OBR.P1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Pedro Lima Gonçalves

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a061f-88f429a04a1802589b1002a9833?OpenDocument>

Palavras-Chave: Processo de promoção e protecção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo; Interesse superior da criança; Princípio da intervenção mínima; Princípio da proporcionalidade; Princípio da atualidade; Responsabilidades parentais

Sumário:

- I A intervenção ao abrigo da Lei n.º 147/99, de 01-09, LPCJP justifica-se nos termos definidos no art. 3.º deste diploma legal, ou seja nas situações em que uma criança ou jovem se encontrem numa situação de perigo. Encontra-se em perigo a criança ou o jovem nas situações em que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento.
- II A intervenção das instituições e do tribunal para acautelar ou eliminar a situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontrem deve ser pautada pelos princípios orientadores previstos no art. 4.º da LPCJP, o interesse superior da criança e do jovem; o respeito pela privacidade; a intervenção deverá ocorrer de forma precoce e mínima; a atuação deverá ser proporcional e atual, reservando-se ao estritamente necessário; com vista a que os pais assumam as suas responsabilidades parentais bem como pela manutenção dos laços familiares e

com respeito pela continuidade das relações afetivas; a criança deve ser ouvida e a participar no seu projeto de vida, sendo sempre informadas bem como os pais; e a atuação das instituições deverá ser subsidiária e gradual.

- III A confiança judicial tem como primeira finalidade a defesa da criança, evitando o protelamento da indefinição da sua condição perante os pais biológicos, já que torna desnecessário o consentimento destes, podendo, assim, o seu processo de integração numa nova família decorrer com mais serenidade e sem prejudiciais incertezas para a sua adoção. Confiança judicial que se enraíza na consciência da criança necessitar, desde o nascimento e especialmente na primeira infância, de uma relação minimamente equilibrada com ambos os pais, competindo à sociedade, na falta de tal relação e na ausência de familiares próximos que a possam suprir, tomar com urgência as medidas adequadas a proporcionar à criança em risco uma relação substitutiva.

Acórdão de 11-05-2023

Revista n.º 1184/22.2T8BRG-A.G1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2dc-2387519d1e927802589ac0054e711?OpenDocument>

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Decisão provisória; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Oposição de acórdãos; Requisitos; Matéria de direito; Revista excecional; Rejeição de recurso; Reclamação para a conferência; Nulidade de despacho; Falta de fundamentação; Obscuridade; Princípio do contraditório;

Sumário:

- I Se é certo que uma decisão provisória, em processo tutelar cível, está sujeita a recurso, nos termos do disposto no art. 32.º, n.º 1, do CPC, o recurso processa-se como em matéria cível, nos termos do n.º 3 da norma em causa, e aí o recurso interposto tem que considerar a norma do art. 671.º, n.º 1, do CPC, correntemente interpretada no sentido de que o âmbito do recurso de revista não abarca os acórdãos proferidos pela Relação no âmbito dos procedimentos cautelares e, mesmo que assim não fosse, cabendo considerar a norma do art. 370.º, n.º 2, do CPC.
- II A oposição de acórdãos, nos termos do art. 629.º, n.º 2, al. d), do CPC, deve ser frontal e não apenas implícita ou pressuposta.
- III A oposição entre acórdãos não pode ser retirada de considerandos que, em abstracto, se pronunciam sobre matérias juscivilísticas, mas antes há-de ser encontrada na forma como, em concreto, foram resolvidas as questões de núcleo factual idêntico ou coincidente.

Acórdão de 25-05-2023

Revista n.º 3425/22.7YRLSB.S1 - 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/81f9ea-536d249159802589ba006cc36c?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira; Sentença homologatória; Escritura pública; União de facto; Aquisição de nacionalidade

Sumário:

O reconhecimento de uma sentença de um tribunal brasileiro que reconheceu a existência de “união estável” entre os requerentes, ainda que o pedido de reconhecimento tenha como finalidade a obtenção da nacionalidade portuguesa, não é atentatória dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português (art. 980.º, al. f), do CPC).

JUNHO**Acórdão de 06-06-2023**

Revista n.º 6285/06.1TBLRA.C1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7fed-2125f7b8b348802589c700343573?OpenDocument>

Palavras-chave: Alimentos devidos a menores; Fundo de Garantia de Alimentos; Requisitos: Remuneração; Progenitor; Cessação; Processo de jurisdição voluntária; Inconstitucionalidade

Sumário:

- I A República Portuguesa assume-se como um Estado de Direito democrático e social, com o firme propósito de, nomeadamente, garantir o direito à segurança social, sendo disso expressão o direito dos menores à proteção e à respetiva obrigação de prestação por parte do Estado, que envolve o dever de legislar para a sua realização e efetiva concretização.
- II Com o desiderato de dar conteúdo concreto à norma programática relativa ao direito à segurança social, com expressão no direito dos

menores à respetiva proteção, a Lei n.º 75/98 de 19-11 e o Decreto-Lei n.º 164/99, de 11-05, (com redação introduzida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31-12 e pela Lei n.º 64/2012, de 20-12, respetivamente), visam garantir os alimentos devidos a menores, a serem satisfeitos pelo Estado por intermédio do FGADM, preenchidos que sejam determinados pressupostos legais.

- III A obrigação de prestação do Estado, enquanto instrumento de socialização do risco de insatisfação da obrigação parental de alimentos e de combate à pobreza infantil, é dependente e subsidiária daquela fixada anteriormente pelo tribunal ao obrigado a tal prestação, pois que surge com esta última e vigora enquanto persistir, e só não cumprida ou satisfeita é que poderá fazer-se apelo ao mecanismo de substituição assegurado pelo FGADM, a par de que está submetida a uma condição de recursos dado que a sua atribuição ou manutenção está na dependência da indisponibilidade pela criança de um rendimento líquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS) ou da indisponibilidade, na mesma medida, de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontra, o que se verifica quando a capitação do rendimento do agregado familiar em que o menor se integra, não seja superior àquele mesmo valor.
- IV A construção ou conformação legislativa, de uma condição de recursos, enquanto subordinante do dever de prestar - substitutivo e de garantia - do Estado reclamado pela impossibilidade de satisfação coativa de uma prestação alimentar de que é credor uma criança, por referência ao IAS, não é, materialmente, constitucionalmente imprópria ou ilegítima por

violação dos valores constitucionais atinentes à segurança e confiança jurídicas, à dignidade da pessoa humana ou da democracia social, inerente ao Estado de direito, nem de qualquer outro valor ou bem constitucional.

Acórdão de 15-06-2023

Revista n.º 3042/21.9T8PRT.S1 - 6.ª Secção

Relatora: Maria José Mouro

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/f03659383ce-92778802589d00048a060?OpenDocument>

Palavras-chave: Responsabilidade extracontratual; Prestação de contas; Bens comuns do casal; Administração dos bens dos cônjuges; Ato de administração; Administrador; Facto ilícito; Obrigação de indemnizar; Acção de declaração; Forma de processo; Erro na forma do processo

Sumário:

- I Sendo a regra a de que o cônjuge administrador de bens comuns não tem de prestar contas da sua administração, a dispensa de prestação de contas não exclui a responsabilidade daquele pelas consequências dos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal, consoante previsto no n.º 1 do art. 1681.º do CC - responsabilidade extracontratual, nos termos do art. 483.º do CC, mas com a especificidade de não bastar uma qualquer culpa.
- II - O cônjuge pode recorrer ao meio previsto no n.º 1 do art. 1681.º, preenchidos os seus pressupostos, mesmo no decurso do casamento.
- III - Os créditos de compensação não se confundem com outros créditos entre os cônjuges, créditos que nascem de factos específicos que

não se relacionam com o curso normal das transferências de valores entre os patrimónios, tratando-se de créditos autónomos e excepcionais - podendo, designadamente, nascer créditos entre os cônjuges por força de responsabilidade civil baseada em actos de administração intencionalmente prejudiciais.

- IV No caso dos autos estamos perante uma acção que se fundamenta na responsabilidade civil da ré enquanto cônjuge administrador, por acto ilícito que lhe é imputado, gerador da obrigação de indemnizar (subsidiariamente sendo invocado o enriquecimento sem causa da ré) que não perante um simples pedido de determinação de compensações entre patrimónios, comum e pessoais dos cônjuges; o autor configurou a acção como de responsabilidade civil do cônjuge administrador por facto ilícito por ele intencionalmente praticado, querendo fazer responder a ré. nesses mesmos termos, atendendo à previsão do n.º 1 do art. 1681.º do CC e, para o efeito, utilizou uma acção declarativa comum de condenação, acção adequada para o fim pretendido, atento o disposto no art. 10.º do CPC.

Acórdão de 20-06-2023

Revista n.º 2039/22.6YRLSB.S1 - 1.ª Secção

Relator: António Magalhães

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/6ee44b6d22e-09455802589d5003d5f0c?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira; Divórcio; Procuração; Advogado; Ónus da prova; Princípio do contraditório; Igualdade das partes

Sumário:

- I A prova de que não se verifica o requisito da al. e) do art. 980.º do CPC compete ao requerido devendo, em caso de dúvida, considerar-se preenchido.
- II Não se apurando pelo exame do processo, designadamente através da certidão do divórcio junta, que a assinatura da procuração com o nome do requerido a favor da advogada que representou as partes no processo de divórcio em Moçambique não pertence ao dito requerido, não existe motivo para recusar a revisão, com fundamento em violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes indicados no requisito da al. e) do art. 980.º do CPC, devendo, pelo contrário, considerar-se verificado o referido requisito.

Acórdão de 20-06-2023

Revista n.º 8723/22.7T8LSB-A.L1.S1 - 1.ª Secção

Relator: António Magalhães

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2267a0a5c5456afd802589d5003d7855?OpenDocument>

Palavras-chave: Competência internacional; Investigação de paternidade; Nacionalidade; Ministério Público; Consulado português; Tribunais portugueses

Sumário:

- I Os tribunais portugueses são competentes em razão da nacionalidade para conhecerem das acções de investigação de paternidade propostas pelo Estado português representado pelo MP, com vista a determinar a paternidade das

crianças cuja inscrição de nascimento se efectivou nos serviços consulares portugueses.

- II O direito do Estado de propor essas acções não se pode tornar efectivo senão por meio da propositura das mesmas em território português (art. 62.º, al. c), do CPC).
- III Pese embora o réu, a mãe e o menor residam em França, a competência internacional dos tribunais portugueses é assegurada, nos termos do art. 62.º, al. c), do CPC, pelo facto de se verificarem, ainda, elementos ponderosos de conexão pessoal da acção com o território português, como são o facto de uma das partes (o réu) e o menor terem ambos nacionalidade portuguesa.

Acórdão de 20-06-2023

Revista n.º 67/05.5TMMTS-T.S1 - 1.ª Secção

Relator: Manuel Aguiar Pereira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d85975053929bbb802589d5003dedfc?OpenDocument>

Palavras-chave: Prestação de contas; Tornas; Bens comuns do casal; Partilha dos bens do casal; Ineptidão da petição inicial; Administração; Litigância de má-fé

Sumário:

- I Ocorre ineptidão da petição inicial por ausência de causa de pedir (art. 186.º, n.º 2, al. a), do CPC) quando, numa acção especial para prestação de contas, a fundamentar o respectivo pedido de prestação de contas e o pagamento do saldo logo (calculado pela requerente), se alega a prática de actos incidentes sobre bens

que integravam anteriormente o património comum do ex-casal e foram objecto de partilha por sentença homologatória do acordo de partilha desses bens, entretanto transitada em julgado, sem indicação de justificação para a administração de bens alheios.

- II A simples falta de pagamento das tornas a favor da autora apuradas no processo de inventário subsequente ao divórcio não constitui o obrigado no dever de prestar contas relativamente às tornas não pagas, sem embargo da subsistência da obrigação de as pagar, acrescidas dos respectivos juros de mora.
- III Não sendo os actos que fundamentam o pedido praticados no âmbito da administração de bens alheios carece a petição de causa de pedir adequada a fundamentar o pedido de prestação de contas, vício que é gerador de ineptidão da petição inicial, excepção dilatória insuprível de conhecimento oficioso.
- IV Não incorre em litigância de má-fé a parte que, invocando a falta de pagamento do valor das tornas fixadas em processo de inventário subsequente ao divórcio e a manutenção da gestão de facto de bens integrados no património comum do ex-casal, deduz contra o ex-cônjuge cabeça de casal, pedido de prestação de contas por actos praticados após a partilha, apesar de tal pedido carecer de causa de pedir.

Acórdão de 22-06-2023

Revista n.º 1974/22.6YRLSB.S1 - 2.ª Secção

Relatora: Ana Paula Lobo

Link: não publicado

Palavras-chave: Ineptidão da petição inicial; Revisão de sentença estrangeira; Revisão e confirmação de sentença; Divórcio por mútuo consentimento; Escritura pública; Decisão; Lei estrangeira

Sumário:

Uma escritura pública outorgada em tabelião no Brasil que decreta o divórcio consensual, em conformidade com a lei, é uma decisão administrativa que deve ser equiparada a uma decisão sobre direitos privados, abrangida pela previsão do art. 978.º do CPC e carecendo, por isso, de revisão para produzir efeitos em Portugal.

Acórdão de 22-06-2023

Revista n.º 3193/22.2T8VFX.L1.S1 - 2.ª Secção

Relator: João Cura Mariano

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/1877d6ec1ba38e-9d802589da00309310?OpenDocument>

Palavras-chave: Competência material; Revisão de sentença estrangeira; União de facto; Aquisição de nacionalidade; Juízo cível; Tribunal de Família e Menores

Sumário:

Os juízos cíveis são competentes para apreciar e julgar um pedido de reconhecimento judicial da uma situação de união de facto com vista à obtenção da nacionalidade portuguesa.

Acórdão de 28-06-2023

Revista n.º 3794/21.6T8VNG.P1.S1 - 6.ª Secção

Relator: Luís Espírito Santo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/bbded67e2b-6cafa1802589e10029074f?OpenDocument>

Palavras-chave: Donativo conforme aos usos sociais; Doação entre cônjuges; Validade; Animus donandi; Interpretação da vontade; Regime aplicável; Interpretação da lei

Sumário:

- I Para que determinada oferta possa ser qualificada como donativo conforme aos usos sociais, nos termos e para os efeitos do art. 940.º, n.º 2, do CC, não constituindo assim doação, é necessário que o ofertante tenha tido a consciência de ter actuado por causa e em cumprimento de regras do trato e convivência social, de forma obsequiosa, constituindo assim um gesto de cortesia ou decoro, caracterizado decisivamente pelo animus solvendi de que se encontrava imbuído.
- II Não é a avultada fortuna de quem oferece, ainda que de contornos praticamente inimagináveis para o comum dos cidadãos, que define por si só a natureza do acto; ao invés, o elemento que se apresenta como decisivo para essa qualificação é o espírito que motiva o sujeito que age na convicção de estar a cumprir uma obrigação de carácter social, levado pela expectativa de outros quanto à adopção dessa sua conduta, impregnada da simpatia, reconhecimento e gentileza que os padrões da educação e vida em sociedade recomendam, a qual está por isso mesmo em conformidade com os

usos, sendo esta a circunstância essencial que distingue a figura do donativo previsto no art. 940.º, n.º 2, do CC, apartando-o do regime comum das doações que seria em princípio aplicável a este tipo de atribuições patrimoniais sem contrapartida.

- III Ao ter decidido agradecer o seu esposo, ofertando-lhe um luxuoso veículo (topo de gama), munido de todos os extras que o réu livre e autorizadamente escolheu, adquirido pelo preço de € 161 164,79 (cento e sessenta e um mil, cento e sessenta e quatro euros e setenta e nove cêntimos), a autora quis concretizar uma verdadeira liberalidade, a propósito ou pretexto de uma ocasião festiva (a data do aniversário do beneficiário), visando provocar-lhe emoção e agrado mas simultaneamente - e também por isso mesmo -, aumentar muito significativamente o património do contemplado, sem receber deste contrapartida alguma.
- IV A própria dilação (de seis meses) entre o momento da tomada e comunicação da decisão de oferecer a dita prenda de anos e o da efectiva aquisição daquele valioso bem, para cujas exactas características contribuiu o gosto e exigências pessoais do réu, afastam a ideia de que a autora só fez a oferta por se encontrar convencida de que tal comportamento correspondia ao cumprimento de uma obrigação de natureza estritamente social e, portanto, sem animus donandi.
- V Revestindo os donativos previstos no art. 940.º, n.º 2, do CC natureza absolutamente genérica e indeterminada, aplicando-se a uma imensidade de situações, importará atentar em que a oferta se integrou no âmbito de relacionamento entre cônjuges, no domínio patrimo-

nial, para o qual a lei avisadamente estabeleceu um regime jurídico próprio e exclusivo, pelo só em situações absolutamente claras e indubitáveis quando à sua natureza de donativo conforme aos usos sociais, mormente atendendo às circunstâncias e contexto que a envolveram e ao valor não extravagante do bem oferecido, será então de afastar aquele regime jurídico.

- VI A dita indubitabilidade quanto à natureza do donativo (conforme aos usos sociais) terá de resultar ainda da concepção social dominante que leve justificadamente a afastar este tipo de atribuições patrimoniais do plano jurídico, entregando-o às regras de regulação puramente social e retirando-lhes, por isso mesmo, a sua juridicidade, sendo que, existindo um regime próprio que regula as doações entre cônjuges e sendo o valor económico do bem transmitido elevadíssimo, afigura-se-nos que a situação sub judice deverá ser coberta pelo ordenamento, através da avocação dos regimes próprios previstos na lei.
- VII Logo, in casu, estamos perante uma doação entre cônjuges a qual revogável nos termos do art. 1765.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

Acórdão de 28-06-2023

Revista n.º 3080/17.6T8BCL-I.G1.S1 - 6.ª Secção

Relator: Ricardo Costa

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/7a5e2068209dcab3802589e10029a84d?OpenDocument>

Palavras-chave: Recurso de revista; Admissibilidade de recurso; Decisão interlocutória; Incidentes da instância; Inventário; Partilha dos bens do casal; Relação de bens; Reclamação

Sumário:

A decisão final tomada em incidente de “reclamação contra a relação de bens” em processo de inventário judicial para partilha de bens comuns após dissolução de casamento por divórcio constitui decisão interlocutória com natureza processual (arts. 1082.º, al. d), 1083.º, n.º 1, al. b), 1091.º (com aplicação dos arts. 292.º a 295.º para os incidentes da instância), todos do CPC; 1104.º, n.º 1, al. d), e n.º 2, 1105.º e ss, ex vi art. 1084.º, n.º 2, do CPC), que, uma vez reapreciada pela Relação, apenas pode ser objecto de revista com base nos fundamentos previstos no regime das als. a) e b) do art. 671.º, n.º 2, do CPC, sob pena de inadmissibilidade da revista.

ESTATUTO EDITORIAL

1. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação periódica semestral, do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que é responsável pela sua orientação científica, bem como pelas restantes obrigações editoriais.
2. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação de carácter académico, que tem como objetivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e do Direito das Pessoas, nomeadamente do Direito das Crianças e Jovens e dos Adultos Vulneráveis.
3. É também objetivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente entre países de expressão linguística portuguesa e do espaço europeu.
4. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” destina-se à comunidade jurídica em geral, em especial a académicos, magistrados, advogados e outras profissões jurídicas que trabalhem no âmbito dos ramos de Direito que são objeto da publicação, bem como ao público em geral com interesse nas matérias em publicação.
5. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

