

ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO MINHO

**DIREITO DAS
CRIANÇAS,
FAMÍLIA E
SUCESSÕES**

LIVRO DE COMEMORAÇÃO DOS 10 ANOS DO MESTRADO



UMinho Editora



JusGov
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO

UMinho Editora

COMISSÃO CIENTÍFICA

Cristina Dias
Rossana Martingo Cruz
Sónia Moreira

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins
Maria Miguel Carvalho

AUTORES

Camila Miranda da Silva
Cláudio Maioto
Diana Barros
Helder Ferreira
Karina Censi
Larissa Franzoni
Mégane Gomes
Petra Sofia Portugal
Rita Resende Ribeiro Ferreira
Sávio Bittencourt
Sofia Ferreira da Costa

DESIGN

Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Talento & Tradição

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS

Sersilito – Empresa Gráfica, Lda.

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2025

DEPÓSITO LEGAL Nº 545113/25

ISBN digital 978-989-9074-62-0

ISBN impresso 978-989-9074-61-3

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183>

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.

© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0.

Direito das Crianças, Família e Sucessões

LIVRO DE COMEMORAÇÃO
10 ANOS DO MESTRADO

Escola de Direito da Universidade do Minho

2024

SUMÁRIO

Nota introdutória	7
Algumas questões sobre a prática judicial no âmbito dos processos de promoção e proteção, <i>Camila Miranda da Silva</i>	9
Direitos das crianças e pais reclusos: Desafios e soluções para visitas, <i>Cláudia Soares Maioto</i>	21
Da incapacidade sucessória por indignidade ao abuso do direito: Em especial, o caso do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Processo nº 2150/22.3T8tvd.L1-7, de 05.12.2023, <i>Diana Barros</i>	41
O fenómeno da delinquência juvenil em Portugal e as reformas à Lei Tutelar Educativa, <i>Hélder Ferreira</i>	71
O consentimento do/a progenitor/a na adoção: Um comparativo Brasil-Portugal, <i>Karina Censi</i>	81
Famílias em litígio e direitos por um fio: O abuso do direito, responsabilidades parentais e a proteção da criança, <i>Larissa Franzoni</i>	99
Estabelecimento da avoenga: Breves considerações, <i>Mégane Gomes</i>	119

SUMÁRIO

A prática da residência alternada da criança pós divórcio em Portugal e no Brasil: Avanços e casos práticos, <i>Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira</i>	139
Anotações sobre o regime jurídico do poder familiar no Direito brasileiro, <i>Sávio Bittencourt</i>	167
A utilização de inteligência artificial pelos cônjuges: Eventuais impactos no património familiar, <i>Sofia Ferreira da Costa</i>	179
Família na saúde e na doença?: O envelhecimento português e a urgência em repensar as causas de indignidade e deserdação, <i>Rita Resende Ribeiro Ferreira</i>	193

No ano letivo de 2013/14, seguindo um projeto ousado da Escola de Direito, tiveram início as aulas do Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, da Escola de Direito da Universidade do Minho, que comemorou, por isso, no ano letivo de 2023/24, dez anos de existência. De modo a assinalar este marco temporal, e como forma de celebração, promove-se a publicação de uma obra coletiva com estudos vários de alguns dos estudantes que elegeram este mestrado para aprofundar os seus conhecimentos nestas áreas.

Nessa medida, todos os textos presentes nesta obra são da autoria de Mestres em Direito das Crianças, Família e Sucessões, da Escola de Direito da Universidade do Minho, que demonstram, desta forma, a sua qualidade científica e o interesse por estas matérias. A obra é, por isso, dedicada a todos os estudantes que nutrem especial afeição por estas áreas tão sensíveis e de extrema relevância e a ela dedicam a sua investigação e o seu trabalho. Esperamos que seja útil para práticos e académicos e, ainda, que possa incentivar mais estudantes a enveredar por estes caminhos jusfamiliares e sucessórios.

Sem prejuízo de algumas indicações formais e exigências de uniformização, foram respeitadas as opções e estilos de cada um dos autores

A Comissão Organizadora,
Cristina Dias
Rossana Martingo Cruz
Sónia Moreira

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A PRÁTICA JUDICIAL NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.1>

Camila Miranda da Silva

A Lei de Promoção e Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (doravante, designada “LPCJP”) foi instituída com o propósito de acautelar os direitos de crianças e jovens que se encontram em situação de perigo.

Nos termos do disposto no art. 3º, nº 1, da LPCJP, a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo “(...) tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”. Constituindo um conceito discricionário, o legislador procurou registar as situações que poderão circunscrever-se ao conceito de “perigo”, nos termos do disposto no art. 3º, nº 2, da LPCJP. Assim, encontrar-se-ão em situação de perigo, a criança ou jovem que:

- a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;
- b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- d) Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais;

- e) É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;
- f) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- g) Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação;
- h) Tem nacionalidade estrangeira e está acolhida em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, sem autorização de residência em território nacional”.

Resultam previstas, no art. 35º, nº 1, da LPCJP, as medidas de promoção e proteção passíveis de aplicação: a) Apoio junto dos pais; b) Apoio junto de outro familiar; c) Confiança a pessoa idónea; d) Apoio para a autonomia de vida; e) Acolhimento familiar; f) Acolhimento residencial; g) Confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adoção¹.

Nestes termos, constatado o perigo, competirá às entidades com competência em matéria de infância e juventude, às comissões de promoção e proteção e aos Tribunais tomar as necessárias diligências, com vista a sanar a situação em apreço – cfr. arts. 6º, 7º e 8º da LCPJP.

Por diversas vezes, antes de a situação ser tratada nos Tribunais, já o foi, previamente, no âmbito das comissões de promoção e proteção. Tal como se percebe pelo disposto no art. 11º da LPCJP, a intervenção do Tribunal apresenta-se subsidiária². Por essa razão, quando os processos de promoção

¹ As medidas de promoção e proteção consideram-se medidas a executar em meio natural de vida ou em regime de colocação, consoante a sua natureza. Assim, as medidas previstas nas als. a), b), c) e d) são consideradas medidas a executar em meio natural de vida, sendo que as medidas previstas nas als. e) e f) constituem medidas a executar em regime de colocação. Por seu turno, a medida prevista na al. g) considerar-se-á a executar em meio natural de vida quando consistir na confiança a pessoa selecionada para a adoção, e considerar-se-á, por seu turno, a executar em regime de colocação quando consistir na confiança a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adoção.

² Conforme resulta do disposto no art. 11.º da LPCJP: “1 – A intervenção judicial tem lugar quando: a) Não esteja instalada comissão de proteção de crianças e jovens com competência no município ou na freguesia da respetiva área da residência ou a comissão não tenha competência, nos termos da lei, para aplicar a medida de promoção e

e proteção são remetidos (ou avocados³) para Tribunal, as situações encontram-se a ser analisadas há algum tempo, pelo que a tramitação processual (legalmente imposta e, por isso, necessária) que lhes será conferida implicará (independentemente da urgência que lhes será imposta⁴) um prolongamento do processo, que se desejará mais célere (sobretudo, em situações em que a intervenção junto dos progenitores ou representantes legais não se apresenta possível ou, pelo contrário, se apresenta parca).

Recebido o processo de promoção e proteção em Tribunal, o juiz profere despacho de abertura de instrução ou, se considerar que dispõe de todos os elementos necessários: a) designa dia para conferência com vista à obtenção de acordo de promoção e proteção ou tutelar cível adequado, b) decide o arquivamento do processo, nos termos do artigo 111º, c) ordena as notificações a que se refere o nº 1 do artigo 114º, seguindo-se os demais termos aí previstos (art. 106º da LPCJP).

Contudo, frequentemente, recebido o processo de promoção, o Tribunal não dispõe de todos os elementos necessários, pelo que deverá convocar a criança/jovem (por referência ao disposto no art. 84º da LPCJP), os pais e o Técnico da Segurança Social que for nomeado para o referido processo. Nestes termos, se possível, o Tribunal determina, de imediato, a junção aos autos de relatório social (que deverá versar, em súmula, sobre a situação da criança ou do

proteção adequada; b) A pessoa que deva prestar consentimento, nos termos do artigo 9º, haja sido indiciada pela prática de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual que vitime a criança ou jovem carecidos de proteção, ou quando, contra aquela tenha sido deduzida queixa pela prática de qualquer dos referidos tipos de crime; c) Não seja prestado ou seja retirado o consentimento necessário à intervenção da comissão de proteção, quando o acordo de promoção e de proteção seja reiteradamente não cumprido ou quando ocorra incumprimento do referido acordo de que resulte situação de grave perigo para a criança; d) Não seja obtido acordo de promoção e proteção, mantendo-se a situação que justifique a aplicação de medida; e) A criança ou o jovem se oponham à intervenção da comissão de proteção, nos termos do artigo 10º; f) A comissão de proteção não obtenha a disponibilidade dos meios necessários para aplicar ou executar a medida que considere adequada, nomeadamente por oposição de um serviço ou entidade; g) Decorridos seis meses após o conhecimento da situação pela comissão de proteção não tenha sido proferida qualquer decisão e os pais, representante legal ou as pessoas que tenham a guarda de facto da criança ou jovem requeiram a intervenção judicial; h) O Ministério Público considere que a decisão da comissão de proteção é ilegal ou inadequada à promoção dos direitos ou à proteção da criança ou do jovem; i) O processo da comissão de proteção seja apensado a processo judicial, nos termos da lei; j) Na sequência da aplicação de procedimento urgente previsto no artigo 91º

³ Tendo presente que, nos termos do art. 81º, nº 1 da LCPJP, o Tribunal está obrigado a apensar a apensação dos processos de promoção e proteção (ainda que os mesmos se encontrem a correr nas comissões de promoção e proteção) aos processos tutelares cíveis ou processos tutelares educativos, relativamente à mesma criança, que se encontrem a correr termos no Tribunal.

⁴ Os processos de promoção e proteção têm natureza urgente, correndo em férias judiciais, conforme resulta do disposto no art. 102º da LPCJP.

jovem e do seu agregado familiar, a medida de promoção e proteção adequada e a definição do seu projeto de vida)⁵. Note-se, além do mais, tendo presente o disposto no art. 109º da LPCJP, que se pretende que a instrução do processo de promoção e proteção não ultrapasse o prazo de 4 (quatro) meses⁶. Sucede, porém, que não raras vezes, a fase instrutória ultrapassa o aludido prazo, sendo diversos os motivos que lhe estão subjacentes, como a existência de inúmeros processos de proteção (que dificulta o agendamento das diligências num curto período de tempo ou no tempo que seria desejável, atenta a natureza urgente inerente aos processos em exegese), a impossibilidade de, em tempo útil, ser apresentado pelo Técnico Gestor do Processo (isto é, o Técnico da Segurança Social nomeado e competente para coadjuvar o Tribunal na realização do diagnóstico e na aplicação das medidas que se revelem adequadas) o relatório social solicitado (face à evidente escassez de técnicos e de meios para cumprir cabalmente a tarefa que lhes incumbe, e que, não raras vezes, impõe a obtenção de informação sobre o agregado familiar, sobre familiares próximos, sobre o desempenho escolar, sobre os cuidados de saúde, etc.), a dificuldade de cumprimento, em tempo útil, de todas as diligências instrutórias necessárias, como por exemplo, a realização de perícias médico-legais psiquiátricas, pedopsiquiátricas e psicológicas (considerando que tais meios de obtenção de prova se poderão apresentar, desde logo, relevantes, para que se proceda a um adequado diagnóstico e à aplicação de medida apropriada, sendo, por diversas vezes, solicitados, o que, inevitavelmente, dificulta o cumprimento dos prazos estipulados).

Sem prejuízo das considerações *supra* mencionadas, às quais voltaremos oportunamente, em sede de apreciação crítica, importa, ademais, aludir aos princípios orientadores em sede de promoção e proteção. Nestes termos, a intervenção protetiva deverá reger-se pelo superior interesse da criança e do jovem, pela privacidade, pela intervenção precoce, pela intervenção mínima, pela proporcionalidade e atualidade, pela responsabilidade parental, pelo

⁵ Tal como decorre do art. 108º da LPCJP: “1 – O juiz, se o entender necessário, pode utilizar, como meios de obtenção da prova, a informação ou o relatório social sobre a situação da criança e do jovem e do seu agregado familiar. 2 – A informação e o relatório social são solicitados pelo juiz às equipas ou entidades a que alude o nº 3 do artigo 59º, nos prazos de oito e 30 dias, respetivamente”.

⁶ Sendo certo que é, também, o período em que deverão ser levadas a cabo as diligências requeridas pelos pais, representantes legais ou quem tenha a guarda de facto do menor (art. 107º, nº 3, da LPCJP).

primado da continuidade das relações profundas, pela prevalência da família, pela obrigatoriedade da informação, pela audição obrigatória e participação, e pela subsidiariedade (veja-se, a este propósito o disposto no art. 4º da LPCJP).

Atentando aos princípios em exegese, verificamos que alguns impõem uma intervenção no seio da família da criança ou do jovem. Na verdade, o princípio da responsabilidade parental procurará que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem⁷; o princípio do primado da continuidade das relações profundas implicará o respeito pelo direito da criança ou do jovem à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante; por fim, o princípio da proporcionalidade e da atualidade imporá uma atuação adequada à situação de perigo em que a criança se encontra, com uma intervenção, na sua vida e na vida da sua família, na medida do que se mostrar estritamente necessário. Os referidos princípios decorrem, necessariamente, da lógica constitucional, de onde decorre que os pais têm o dever de educação e manutenção dos filhos e que os filhos não podem ser separados dos pais (salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial)⁸. Os Tribunais Portugueses têm aludido, em muitas das suas decisões, à necessidade de acautelar, *prima facie*, os princípios em causa, ponderando-os cabalmente na tomada de decisão⁹. Também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem apontado, em diversas decisões, à necessidade de reunificação familiar¹⁰.

⁷ A este propósito, recorde-se o disposto no art. 1874º, nº 1, do Código Civil, onde se pode ler o seguinte: “Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.” Na mesma lógica, atente-se ao disposto no art. 1878º, nº 1, do Código Civil, de onde decorre o seguinte: “Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.” Recorde-se, ainda, o disposto no art. 1882º do Código Civil, que dispõe o seguinte: “Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adopção.” Por fim, veja-se, ainda, e a título de exemplo, o teor do art. 1885º, nº 1, do Código Civil, que prevê o seguinte: “Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.”

⁸ Veja-se, nesta lógica, o disposto no art. 36º, n.ºs 5 e 6, da Constituição da República Portuguesa. No mesmo sentido, atenda-se ao disposto no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagra o respeito pela vida privada e familiar.

⁹ Entre muitos outros, veja-se, por exemplo, o ter do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-04-2022, processo nº 38/20.1T1LSB.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ Veja-se, a este título, o acórdão Assunção Chaves c. Portugal e Pontes c. Portugal, onde se encontra devidamente expresso que as medidas de promoção e proteção devem procurar, em primeira linha, a reunificação familiar.

Os princípios em apreço implicam, não raras vezes, que as entidades competentes para a aplicação de medidas de promoção e proteção (nomeadamente, os Tribunais), procurem atuar, em primeira linha, junto das famílias, indagando a possibilidade de reabilitação e conduzindo os meios existentes no referido sentido.

Neste contexto, constatado o perigo, impor-se-á a aplicação de medida de promoção e proteção. A medida de promoção e proteção a aplicar poderá resultar da prolação de decisão negociada (em sede de acordo de promoção e proteção) ou da proferição de decisão subsequente à realização de debate judicial (em sede de constituição de tribunal coletivo) – art. 106.º, n.º 1, da LPCJP. Não obstante, qualquer decisão deverá ser precedida da realização de diligências instrutórias – entre as quais, com evidente destaque, encontrar-se-á a informação ou o relatório social sobre a situação da criança e do jovem e do seu agregado familiar. (art. 108.º, n.º 1, da LPCJP). Na informação/relatório social, elaborada(o) pelo Técnico da Segurança Social designado para acompanhar o processo deverá constar a emissão de parecer sobre a medida adequada ao caso concreto. Na verdade, o Técnico da Segurança Social (Gestor do Processo) deverá, de igual forma, ser ouvido, presencialmente, na diligência agendada para audição obrigatória da criança ou do jovem, dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto (art. 107.º da LPCJP). Ora, se atentarmos ao teor da lei (nomeadamente, do disposto nos arts. 107.º, n.º 2, e 108.º, n.º 1, da LPCJP), parece resultar que a intervenção do Técnico da Segurança Social (quer para elaboração de informação/relatório, quer para audição em sede de diligência judicial) apresenta-se meramente facultativa. Todavia, dúvidas não podem subsistir da imprescindibilidade de intervenção destes profissionais, cujo trabalho desenvolvido *in situ* (junto da realidade da criança/jovem em perigo e do seu agregado familiar) sustenta o Tribunal de importantes informações, que permitem, outrossim, a tomada de decisão esclarecida.

É, portanto, nesta conjuntura, que a medida de promoção e proteção aplicada constitui, não raras vezes, a medida de apoio junto dos pais¹¹.

¹¹ De acordo com o relatório de atividade, relativo ao ano de 2022, publicado pela Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, disponível em «<https://www.cnpdpcej.gov.pt/relatorio-atividades>», entre as medidas aplicadas, a medida de apoio juntos dos pais representou 61,3%, a medida de apoio junto de outro familiar alcançou 23,7%, a medida de acolhimento residencial situou-se em 9,9%, a medida de confiança a pessoa

Pretende-se, em consonância com os princípios *supra* descritos, que o perigo seja dissipado junto dos progenitores, iniciando-se um trabalho (com a importante colaboração da Segurança Social) de reestruturação do núcleo familiar. Tal acontece, necessariamente, porquanto o perigo emerge das vivências e contextos sociais onde a criança se insere (violência doméstica, exposição ao consumo de bebidas alcoólicas e estupefacientes, ausência de supervisão e acompanhamento familiar, maus-tratos, abandono, abuso sexual, exploração infantil, entre outros). Assim, após a aplicação da medida em meio natural de vida, iniciar-se-á um acompanhamento que poderá prolongar-se, se necessário, até aos 18 (dezoito) meses¹².

Após o aludido período, imporá ao Tribunal perceber se a medida aplicada apresentou os resultados esperados (superando-se o perigo anteriormente instalado) ou se, pelo contrário, se impõe a continuação do processo de promoção e proteção, aplicando-se medida distinta, ou na senda do entendimento propugnado por Paulo Guerra¹³, insistindo-se na mesma, por se revelar, eventualmente, a adequada a alcançar os objetivos pretendidos. Independentemente do caminho a seguir, impõe-se constatar que, perante o acréscimo de processos de promoção e proteção¹⁴ e a limitação dos profissionais que atuam junto das famílias (insistindo-se, novamente, na importância dos Técnicos da Segurança Social, nomeados Gestores de Processo), o tempo das medidas (nomeadamente, previsto legalmente) apresenta-se, por diversas vezes, parco, por forma a alcançar o resultado aguardado e, em consonância, superar o perigo existente. Diga-se, ademais, que o acréscimo de processos em juízo,

idónea representou 3,9 % e a medida de acolhimento familiar alcançou 1,2%, sendo que a medida de apoio para autonomia de vida fixou-se nos 0,0%.

¹² Nos termos do disposto no art. 60º, nº 2, da LPCJP, as medidas aplicadas em meio natural de vida não poderão apresentar duração superior a 12 (doze) meses, podendo ser prorrogadas até aos 18 (dezoito) meses se o interesse da criança ou do jovem assim o impuser. Vários são os acórdãos que atentam para a impossibilidade de prorrogação da medida para além do período de 18 (dezoito) meses (veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-07-2022, processo nº 412/20.9T8FNC-C.L1-2, que, por sua vez, faz menção a diversos outros acórdãos com o aludido entendimento). Não obstante, Paulo Guerra, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, 4ª edição, p. 167) defende a possibilidade de prorrogação da medida ou de aplicação da mesma medida em novo acordo de promoção e proteção, ainda que decorrido o período de 18 (dezoito) meses.

¹³ in *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, 4ª edição, p. 167.

¹⁴ De acordo com o relatório de atividade, relativo ao ano de 2022, publicado pela Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, disponível em «<https://www.cnpdpj.gov.pt/relatorio-atividades>» em 2022, verifica-se um crescendo dos números de processos de promoção e proteção a correr termos, nomeadamente, nas Comissões de Promoção e Proteção. Em 2022, foram movimentados 78173 (setenta e oito mil cento e setenta e três) processos, sendo que, em 2021, foram movimentados 73241 (setenta e três mil duzentos e quarenta e um) processos).

que decorrem, tantas vezes, da remessa ou avocação obrigatória (neste caso, nos termos do disposto no art. 81º da LPCJP) limitam, do mesmo modo, a atuação dos Tribunais (onde urge uma maior especialização e recrutamento de profissionais) por forma a cumprir os prazos previstos legalmente (nomeadamente, tendo presente que a instrução do processo de promoção e proteção não poderá ultrapassar os 4 – quatro – meses, nos termos do disposto no art. 109º da LPCJP), em prejuízo das crianças e jovens, que necessitam que o seu projeto de vida seja redefinido.

Nesta lógica, sobretudo nas situações em que as tentativas de reorganização familiar resultam goradas (porquanto a intervenção junto dos pais não surtiu os efeitos desejados), mantendo-se a situação de perigo, sendo imperativo procurar outras soluções (que tantas vezes passam pelo acolhimento residencial, na impossibilidade de enquadrar a criança ou o jovem junto de outro familiar ou de pessoa idónea), verificamos que o tempo idealizado para a resolução da situação de perigo (que se pretende o mais breve possível) não é, nem pode ser cumprido. Note-se que, no que toca às medidas de colocação (isto é, acolhimento familiar e acolhimento residencial) a sua duração é a que for estabelecida no acordo ou na decisão judicial, o que permite que as mesmas se prolonguem por tempo indeterminado (desde que não ultrapasse o prazo inicialmente estabelecido ou o prazo de prorrogação). Na verdade, pese embora o princípio do superior interesse da criança (basilar na intervenção protetiva) surja patente em todas as medidas aplicadas ao longo do processo de promoção e proteção, o certo é que o mesmo apresenta-se absolutamente crucial, mais tarde, quando se percebe que a intervenção junto das pessoas de referência da criança/jovem não se apresenta possível ou revela-se particularmente difícil (exigindo, neste caso, o tempo que a criança ou o jovem não tem). Nesta altura, o tempo decorrido poderá pôr em causa o futuro da criança e do jovem, mostrando-se a medida de confiança com vista a futura adoção (quando aplicada), como uma alternativa meramente utópica, mantendo-se a criança e o jovem, por diversas vezes, institucionalizada.

Perante tal contexto, importará exigir uma ação sistemática de maior eficácia.

Em primeiro lugar, concordando-se com as valências do modelo de promoção e proteção instituído no nosso sistema e com os princípios que os norteiam, considera-se absolutamente indispensável a realização de um maior

investimento nos meios à disposição, por forma a permitir uma resposta célere e adequada ao tempo (que se apresenta curto) da criança ou do jovem, face ao crescendo de processos pendentes. É preciso reforçar as equipas de profissionais, que asseguram o apoio técnico, nomeadamente, aos Tribunais, como sejam os Técnicos da Segurança Social (Gestores de Processo) cujo trabalho (louvável e de reconhecido mérito) se apresenta absolutamente indispensável. É necessário, na mesma linha de raciocínio, apostar numa maior especialização dos Tribunais, na área de Família e Menores, abrangendo áreas geográficas mais compactas, por forma a garantir o efetivo cumprimento dos prazos legalmente previstos e, por conseguinte, a eficácia da atuação judicial. É imperativo, por conseguinte, captar um maior número de magistrados e funcionários judiciais para a respetiva área de especialização.

Do ponto de vista legal, revelam-se necessárias, a curto prazo, algumas alterações legislativas, por forma a melhorar a eficácia do processo de promoção e proteção.

Em primeiro lugar, atento o disposto no art. 61º da LPCJP (que alude à duração das medidas de colocação) importará ponderar a imposição de limites à sua duração, nomeadamente, quando, no momento de revisão de medida, o jovem não tiver atingido 18 (dezoito) anos. Entende-se que, ponderado o caso concreto e tentadas diversas medidas (consoante a necessidade e adequação), impor-se-á ao decisor redefinir o projeto de vida da criança/jovem, nomeadamente, determinando, após o referido período, a confiança com vista a futura adoção (caso a mesma se revele aplicável, considerando, nomeadamente, os pressupostos a que aludem os arts. 1979º e 1980º do Código Civil). É evidente que a imposição de limites às medidas de colocação implicará uma reformulação da norma que respeita à confiança com vista a futura adoção (art. 1978º do Código Civil). Todavia, parece-nos que, atualmente, estaremos em condições de reconhecer os benefícios que poderão resultar da adoção, nomeadamente, atento o princípio do superior interesse da criança/jovem e o princípio da prevalência da família (que alude à necessidade de se promover a integração familiar). Compreendendo-se que a limitação dos prazos de duração das medidas de promoção e proteção poderá,

no caso concreto (que apresenta, sempre, as suas especificidades¹⁵), apresentar-se inadequada (pois será necessário munir os Tribunais e Equipas de Apoio Técnico dos necessários meios, para garantir a eficácia dos prazos), o certo é que permitirá a necessária ponderação sobre as valências que a medida de confiança com vista a futura adoção poderá apresentar, pois que a medida em apreço surge, tantas vezes, como uma solução de absoluto recurso (contrariamente ao que resulta dos princípios que regem a intervenção protetiva), tardiamente aplicada. Mais do que isso, crê-se, que se responderá, de forma mais eficaz, às necessidades das crianças e jovens, cujo tempo, como se disse, apresenta-se reduzido.

De outro lado, impõe-se reponderar o papel das famílias de acolhimento no âmbito da medida de acolhimento familiar (art. 35º, n.º 1, al. e), da LCPJP). Considerando os objetivos subjacentes ao acolhimento familiar¹⁶, onde se constata que a família de acolhimento deverá assumir as responsabilidades normalmente impostas aos progenitores, não se compreende que aquela não possa ser, caso assim o pretenda, candidata a adoção (tal como decorre do disposto no art. 14º, al. b), da Lei n.º 139/2016, de 16 de setembro, na sua atual redação). Na verdade, perante este contexto, a criança ou o jovem, que se apresente devidamente integrado na família de acolhimento, poderá ser adotado (desde que, em sede de promoção e proteção, tenha sido aplicada a medida de confiança com vista a futura adoção) por família distinta, ainda que a família de acolhimento manifeste vontade de prosseguir para a adoção, e independentemente dos laços afetivos que tenham sido criados. Ora, tal solução surge, em nosso entender, manifestamente desadequada. Se a família de acolhimento contribui, temporariamente, para o desenvolvimento integral da criança e do jovem, parece lógico que a redefinição do seu projeto de vida, quando necessário e face à ausência de outras alternativas (como por exemplo, a reintegração no seu agregado familiar), poderá ser alcançada, de forma eficaz,

¹⁵ Em determinados casos, concorda-se que as medidas de colocação deverão prolongar-se, sendo certo que, perante tal possibilidade, na senda do propugnado por Paulo Guerra (in Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada, 4ª edição, p. 167), deverá ponderar-se a celebração de novo acordo de promoção e proteção.

¹⁶ Nos termos do art. 3º da Lei n.º 139/2019, de 16/09, na versão mais recente (instituída pela Lei nº 13/2023, de 03/04) o acolhimento familiar tem como objetivo proporcionar à criança e ao jovem a) Condições para a adequada satisfação das suas necessidades físicas, psíquicas, emocionais e sociais; b) Estabelecimento de laços afetivos, seguros e estáveis, determinantes para a estruturação e desenvolvimento harmonioso da sua personalidade; c) Aquisição de competências destinadas à sua valorização pessoal, social, escolar e profissional; d) Condições que contribuam para a construção da sua identidade e integração da sua história de vida.

com recurso à adoção pela aludida família de acolhimento. Parece-nos que, neste campo, muito há fazer; desde logo, com a eliminação de termos como “contrato a celebrar” ou “contratualização”¹⁷. O “acolhimento familiar” (cujos objetivos, entre outros, se reconduzem ao estabelecimento de laços afetivos, seguros e estáveis, determinantes para a estruturação e desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança e do jovem) não se apresenta compatível com o conceito de “contrato” (que constitui um negócio jurídico). Importará, a este nível, uma alteração de paradigma, que muito beneficiará, cremos, as nossas crianças e jovens.

Em consonância com o exposto, consideramos que deverão ser adotadas medidas que permitam uma maior eficiência em sede de promoção e proteção. Pese embora francamente positivo, o sistema protetivo deverá moldar-se, constantemente, à realidade, tendo presente o aumento do número de processos e a insuficiência de profissionais, nunca olvidando que o tempo, nestes processos, apresenta-se absolutamente crucial.

Não esqueçamos: o investimento no âmbito da promoção e proteção é um verdadeiro investimento no futuro das nossas crianças e jovens. Não tenhamos dúvidas que a eficácia protetiva refletir-se-á, necessariamente, no sucesso das crianças e dos jovens e, por conseguinte, na diminuição da delinquência (o que reduzirá, cremos, o número de processos tutelares educativos e de processos penais).

Mostra-se necessário priorizar a intervenção protetiva. A situação de perigo constatada, em concreto, constitui um apelo, um pedido de ajuda. Importa, por isso, capacitar o sistema, por forma a amparar, de forma rápida e eficiente, as crianças e os jovens, munindo-os de ferramentas, que lhes permitam construir um futuro – futuro, esse, que se espera cada vez melhor.

¹⁷ Como se percebe pelo disposto no art. 15.º da Lei nº 139/2019, de 16/09.

DIREITOS DAS CRIANÇAS E PAIS RECLUSOS: DESAFIOS E SOLUÇÕES PARA VISITAS

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.2>

Cláudia Soares Maioto

Introdução

O direito ao convívio das crianças com os progenitores reclusos é um tema de grande relevância e complexidade, pois envolve a intersecção entre os direitos das crianças, as necessidades de segurança do sistema prisional e as particularidades do regime de cumprimento de penas. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 9º, nº 3, assegura o direito das crianças de manterem relações pessoais e contactos directos com os progenitores, salvo se tal se revelar contrário ao seu interesse superior. Contudo, a realidade portuguesa revela que ainda não existem condições plenas para a concretização deste direito, especialmente quando se trata de progenitores que se encontram reclusos.

Este artigo explora as dificuldades enfrentadas no contexto português, analisa boas práticas internacionais e propõe uma série de medidas que visam garantir que as visitas de crianças aos seus progenitores reclusos sejam realizadas em condições que promovam o bem-estar da criança e a manutenção de laços familiares saudáveis.

A (falta de) proteção do direito ao convívio das crianças com os progenitores reclusos

A Convenção sobre os Direitos da Criança¹ estipula, no seu art. 9º, nº 3, que “Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança”.

Ora, o que se verifica na realidade é que, apesar de tal norma, Portugal não reúne ainda condições para garantir eficazmente que este direito de contacto com o progenitor do qual está separado é efetivamente cumprido.

No que tange aos convívios com o progenitor recluso, a questão adensa-se já que o convívio, nestes casos, está condicionado a fatores de variadíssimas ordens, onde se inserem, não só, mas também, as condições de acesso ao estabelecimento prisional e, bem assim, as condições da visita *per se*.

No nosso ordenamento jurídico, o art. 112º, nº 7, do RGEP, estabelece que os estabelecimentos prisionais podem criar espaços específicos para reuniões familiares entre o recluso, o seu cônjuge, ou pessoa com quem mantenha relação análoga, e os respetivos descendentes menores, dotados de mobiliário e equipamentos adequados a estimular o convívio entre o recluso e as crianças.

A previsão contida nesta norma estabelece apenas uma possibilidade, não impondo, portanto, que todos os estabelecimentos prisionais tenham um espaço próprio, exclusivamente destinado a receber as crianças, com mobiliário e decoração adequados à promoção do contacto com o progenitor recluso.

Todavia, ainda mais problemático do que existirem estabelecimentos prisionais onde não há um local exclusivamente destinado a receber criança, é o facto de, já no corrente milénio, algumas prisões não terem qualquer lugar para receber qualquer visita, seja de que tipo for.

Em certos estabelecimentos prisionais, o tempo de espera que precede a hora da visita é passado ao sol e à chuva, seja inverno ou verão, “sem qualquer resguardo, por vezes durante horas, até lhes ser permitida a entrada”²,

¹ A Convenção sobre os Direitos da Criança está disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convencao_dos_direitos_da_crianca.pdf.

² Ilharco, Vítor, *Sistema Prisional Português – Toda a Verdade*, Almada, Emporium Editora, 2019, p. 112.

o que, inevitavelmente cria, em qualquer criança, uma percepção nefasta do convívio com o progenitor.

Aos problemas estruturais do edificado dos estabelecimentos prisionais, acrescem problemas de ordem regulamentar, como, por exemplo, o facto de que “nenhum preso pode ter mais de três visitas em simultâneo”, não se abrindo qualquer exceção relativamente ao recluso que tenha mais do que três filhos³.

Ainda, há que equacionar a forma como olhamos as relações familiares dos reclusos, tentando olhar além da premissa de que a promoção dos contactos familiares afastará a reincidência do crime.

Este ideal é, em si mesmo, problemático, pois que o contacto com as famílias é encorajado como forma de promover a desistência do crime e não como forma de promover os direitos das crianças, descurando a necessidade de salvaguardar o seu bem-estar⁴. Doutra banda, o significado do convívio da criança com o progenitor recluso ficará necessariamente afetado pela circunstância de que “Os reclusos estão proibidos de levar, para a cela, seja o que for da sala de visitas. O que leva a situações caricatas e revoltantes como, por exemplo, uma criança fazer, durante a hora em que está com o progenitor, um desenho que lhe entrega no fim da visita e este ser impedido de levar a folha para a cela. Para tristeza dos miúdos e incompreensão de todos os adultos”⁵.

Pelo que, por maioria de razão, também será deveras confuso para uma criança entender por que razão não pode, em determinadas circunstâncias, tocar no seu pai que está preso, especialmente quando falamos de crianças de tenra idade⁶.

Com efeito, o que se verifica é que as prisões não oferecem instalações adequadas para que o convívio da criança com o progenitor recluso seja um momento de significado afetivo, sendo certo que as necessidades da criança e o seu superior interesse são, em alguns dos casos, até vistos como incompatíveis com as preocupações de segurança da própria prisão⁷.

³ *Idem ibidem*, p. 113.

⁴ The Danish Institute for Human Rights, *Children of Imprisoned Parents*, 2011, p. 16, disponível para download em <https://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2019/02/DIHR.pdf>.

⁵ *Idem ibidem*, pp. 113-114.

⁶ Schubert, Erin C., Duininck, Megan, Schlafer, Rebecca J., «Visiting Mom: A pilot evaluation of a prison-based visiting program serving incarcerated mothers and their minor children», in *Journal of Offender Rehabilitation*, 2016, p. 217.

⁷ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to Member States concerning children with imprisoned parents, 2018, p. 22, disponível para download em <https://edoc.coe.int/en/>

Tanto assim é que podemos afirmar, sem reservas, que os estabelecimentos prisionais são barulhentos e não são projetados e/ou pensados para crianças, resultando numa experiência assustadora para criança⁸. Reflexo disto são os mecanismos de segurança implementados à entrada para a visita. Neste sentido, é de notar que “os presídios terão que se estruturar para receber as crianças e adolescentes nos dias de visita, para garantir a segurança dos presos, dos visitantes e dos funcionários. Dentre as medidas de estruturação pelas quais terão que passar os estabelecimentos prisionais, tem especial importância a adequação dos procedimentos de revista pessoal. Muitos são os familiares e demais visitantes que são obrigados a se submeter a situações vexatórias e constrangedoras durante os procedimentos de revista, para que consigam ingresso no sistema carcerário”^{9/10}.

Ainda, importa ressaltar que as visitas – de adultos e de crianças – ocorrem no parlatório, local amplo e que alberga dezenas de pessoas ao mesmo tempo, com o único propósito da visita. O que coloca, desde logo, em evidência a questão da privacidade. Como poderão os reclusos e as suas famílias (mormente as crianças) gozarem de privacidade quando essas mesmas visitas se realizam num local lotado de outras famílias e outras visitas?

Neste aspeto, será de referir que manter os convívios das crianças com os progenitores reclusos em áreas lotadas e, bem assim, restrições aos movimentos e ao contacto físico podem criar um ambiente artificial na interação pai/mãe-filho, resultando em comunicações tensas e interações de baixa qualidade^{11/12}.

children-s-rights/7802-recommendation-cmrec20185-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-concerning-children-with-imprisoned-parents.html#, consultado pela última vez em 24/06/2023.

⁸ Schubert, Erin C., Duininck, Megan, Shlafer, Rebecca J., *op. cit.*, p. 217.

⁹ Cayres, Giovanna Rossetto Magaroto, Sponchiado, Viviane Boacnin Yoneda, «O direito de visita de crianças e adolescentes no sistema prisional brasileiro», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação*, Vol. X, nº 3, 2015, p. 140.

¹⁰ Assim “submeter as crianças ao procedimento de revista, ao consumo de comidas restritivas que devem durar não somente o tempo de visita, mas o trajeto entre o cárcere e casa, se somam às preocupações dos próprios responsáveis com a exposição da criança e o contexto da prisão”. – Ferreira, Carolina Costa, Gindri, Eduarda Toscani, «O direito de crianças à visitação a familiares em restrição de liberdade e a gestão decisória no distrito federal: uma revisão normativa», in *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Vol. 26, nº 1, 2021, p. 108.

¹¹ Hayes, David, Butler, Michelle, Devaney, John, Percy, Andrew, «Allowing Imprisoned Fathers to Parent: Maximising the Potential Benefits of Prison based Parenting Programmes», in *Child Care in Practice*, 2018, pp. 182-183.

¹² No mesmo sentido, Catherine Flynn entende que as visitas, nos estabelecimentos prisionais, são amplamente moldadas pelas necessidades e preocupações dos adultos, com atenção limitada às necessidades das crianças. – Flynn, Catherine, «Getting there and being there: Visits to prisons in Victoria – the experiences of women prisoners and their children», in *Probation Journal – The Journal of Community and Criminal Justice*, Vol. 61, 2014, p. 180.

Além disto, o tempo limite da visita poderá ser mais um entrave à conexão afetiva que se pretende ver promovida entre progenitor recluso e a criança. Em particular, as mães revelam tendência a serem mais sensíveis ao potencial sofrimento causado pelas visitas nas crianças, o que gera em si mesmas sentimentos de culpa e vergonha^{13/14}.

Por outro lado, do ponto de vista dos pais, há que atentar ao facto de que são maioritariamente socializados para serem o suporte financeiro das suas famílias, deixando a responsabilidade de criar os filhos principalmente para as mães¹⁵. Assim, a partir da prisão torna-se desafiador para os pais proverem financeiramente, o que resultará na diminuição da sua autoestima, começando a questionar-se relativamente ao seu papel na estrutura e dinâmica familiares¹⁶.

Não obstante, o que se tem constatado é que as “tentativas dos homens em (re)investir na reconstrução relacional com os/as filhos/as, durante o cumprimento de penas prisionais, são geralmente bem recebidas pelas cuidadoras das crianças, sobretudo mães, que tendem a apoiar e fomentar o contacto entre pais e filhos/as”¹⁷.

Em todo o caso, independentemente de estarmos a falar de pais ou de mães, o certo é que “a maioria dos reclusos e reclusas almeja manter um papel relevante na vida dos/as filhos/as e ambiciona reunir-se futuramente com as crianças”, pese embora o facto de que “os meios que tradicionalmente materializam o exercício da parentalidade, designadamente cuidar, educar, prover, proteger e disciplinar estão, na sua maioria, fora do alcance de pais e mães”¹⁸.

Daqui resulta que, nos estabelecimentos prisionais, “os pais reclusos, afastados das pressões que caracterizavam as suas vidas e limitavam o seu desempenho paterno, e/ou privados dos meios que lhes permitiam construir o seu papel de pai através dos cânones tradicionais de paternidade, (re)investem na

¹³ Schubert, Erin C., Duininck, Megan, Shlafer, Rebecca J., *op. cit.*, p. 216.

¹⁴ Ainda, importa salientar que “a reclusão feminina é tendencialmente mais disruptiva para a vida infantil do que a masculina”. – Granja, Rafaela, Cunha, Manuela P. da, Machado, Helena, «Formas alternativas do exercício da parentalidade: paternidade e maternidade em contexto prisional», in *ex aequo*, nº 28, 2013, p. 75.

¹⁵ Greif, Geoffrey L., «The Voices of Fathers in Prison: Implication for Family Practice», in *Journal of Family Social Work*, 2014, p. 69.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ Granja, Rafaela, Cunha, Manuela P. da, Machado, Helena, *op. cit.*, p. 80.

¹⁸ *Idem ibidem*, p. 81.

relação com os/as filhos/as, passando a privilegiar o envolvimento emocional com as crianças, em detrimento da «presença distante» que protagonizavam no exterior”¹⁹.

Na perspetiva das crianças, é de realçar que muitas vezes gostariam de ter mais tempo para conversar com os seus pais sobre tudo o que se passa nas suas vidas. Todavia, tendo em conta as restrições na duração das visitas, elas podem não ter oportunidade de o fazer. Acresce que ter que se despedir de um progenitor recluso e deixá-lo no final da visita poderá causar sofrimento considerável à criança²⁰.

Por outro lado, o contacto por carta ou através de chamada telefónica assume-se como relevante para manter os relacionamentos familiares, pois que, através de carta ou por telefone, o progenitor poderá lembrar o filho da importância que este tem na sua vida.

Neste espectro, surge uma nova variante: a videochamada. Contudo, este meio nunca deverá ser tido como substituto das visitas físicas, necessárias para manter uma relação significativa entre pais e filhos²¹.

É, assim, nossa opinião que é da mais alta importância dotar os estabelecimentos prisionais de locais adequadamente decorados para receber as crianças. Tal adequação no espaço resultaria na existência de um ambiente mais propício para interações positivas entre os reclusos, as crianças e outros membros da família²².

Por outro lado, o contacto entre progenitores e filhos é protegido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem²³, que, no seu art. 8º, nº 1, prescreve que qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pela sua correspondência.

¹⁹ *Idem ibidem*, p. 84.

²⁰ The Danish Institute for Human Rights, *op. cit.*, p. 19.

²¹ Mole, Nuala, Sloan, Samantha, «Children with imprisoned parents and the European Court of Human Rights», in *European Journal of Parental Imprisonment – Perspectives on keeping connected during a pandemic: Challenges to child rights and well-being*, Vol. 9, 2020, p. 12.

²² Pierce, Mari B., «Male Inmate Perceptions of the Visitation Experience: Suggestions on How Prisons Can Promote Inmate-Family Relationships», in *Probation Journal – The Journal of Community and Criminal Justice*, Vol. 95, 2015, p. 388.

²³ Doravante, CEDH. A CEDH está disponível para consulta em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf.

salientando que a sua filha de nove anos de idade encontrava-se em grave sofrimento e que até se já havia convencido que o pai tinha morrido.

Nesta decisão, o TEDH deixou bem claro que a sua própria jurisprudência já estabelece um padrão de decisões que vai no sentido de admitir que o cumprimento da pena de prisão acarreta para o indivíduo a perda do direito à liberdade, mas o recluso continua a gozar de todos os outros direitos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao respeito pela vida familiar, pelo que qualquer restrição a estes direitos tem que ser justificada e avaliada casuisticamente.

De facto, a restrição ou proibição das visitas configura, em si mesmo, uma interferência no direito ao respeito pela vida familiar. Nesta conformidade, o TEDH considerou que a Rússia violava o art. 8º da CEDH.

Paradigmático do ponto de vista da restrição das visitas é o Acórdão *Khoroshenko v. Rússia*²⁷. Neste caso discutia-se a situação do senhor Khoroshenko que tinha sido detido a 21 de novembro de 1994, e, na altura, tinha um filho de 3 anos de idade. De 21 de novembro de 1994 a 8 de outubro de 1999, não foi permitida qualquer visita, com a exceção de uma visita da sua esposa, realizada na semana seguinte à condenação em primeira instância, que terá tido lugar em outubro de 1995. De 8 de outubro de 1999 a 11 de outubro de 2009, foi permitida a realização de visitas com os familiares a cada seis meses, com a duração máxima de 4 horas. Durante as referidas visitas, o recluso comunicava com os familiares através de uma divisória de vidro ou através de barras metálicas, sem qualquer contacto físico, e sempre com um guarda prisional a ouvir tudo o que era dito entre recluso e visitantes.

O TEDH começa, desde logo, por adiantar que qualquer regulamentação do direito de visitas dos reclusos terá como prioritária a obrigação de prevenir a rutura dos laços familiares, assim como promover o contacto dos reclusos com as suas famílias, com visitas com a maior frequência possível, num ambiente o mais normal possível. Assim, neste caso concreto, o TEDH considerou que a restrição na frequência das visitas traduz-se numa ingerência na vida familiar do recluso, salientando que esta ingerência foi intensificada

²⁷ O Ac. do TEDH, Proc. *Khoroshenko v. Rússia*, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22khoroshenko%20v.%20russia%22%5D%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-156006%22%5D%7D>, consultado pela última vez em 22/06/2023.

pelo facto de as visitas terem sido restringidas por um período largo de tempo, bem como tendo em conta as variadas regras no decorrer das visitas, como, por exemplo, a proibição de contacto físico, separação por uma divisória de vidro ou barras metálicas, a presença contínua de guardas prisionais²⁸ e o limite máximo de visitantes. Nestes termos, foi julgado violado o art. 8º da CEDH.

Finalmente, e com maior pertinência para o presente estudo, importa ter em conta o Acórdão Horych v. Poland²⁹. Este processo baseava-se na afirmação feita pelo senhor Horych de que o contacto muito limitado com as suas filhas foi ocasionado pelo facto de o Centro de Detenção de Gdańsk e o Centro de Detenção de Cracóvia não proporcionarem condições satisfatórias para visitas de crianças ou pessoas menores de idade.

De acordo com o requerente, a visita ocorria numa sala onde os visitantes eram separados do recluso por uma divisória de vidro acrílico e grades, o que tornava impossível qualquer tipo de contacto físico direto.

Para chegar à área de visitas na ala destinada aos reclusos perigosos, o visitante, sem se abrir qualquer exceção para crianças, tinha de percorrer todo o estabelecimento prisional, passando por celas situadas em ambos os lados do corredor. Tal facto expunha as suas filhas ao olhar dos reclusos, e a reação destes à presença das meninas constituiu uma experiência extremamente traumática para elas.

Durante a visitas, as crianças eram separadas do pai por uma janela e grades, o que gerava um elevado nível de stress e impossibilitava qualquer tipo de contato normal.

In casu, o recluso não invocava a CEDH tendo por base limitações e/ou restrições ao contacto com a sua família, mas sim na incapacidade de aproveitar plenamente as visitas mensais a que tinha direito. Alegava, em primeiro lugar, que existia falha das autoridades em garantir condições satisfatórias para as visitas com as filhas; e, em segundo lugar, colocava em causa as regras relativas

²⁸ No mesmo sentido, veja-se o Ac. Mozer v. The Republica of Moldova and Russia, decisão em que o TEDH expressa, mais uma vez, o seu repúdio perante a presença de um guarda prisional durante as visitas. – Ac. do TEDH, Proc. Mozer v. The Republica of Moldova and Russia, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22full-text%22:%7B%22mozer%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%22item-mid%22:%7B%22001-161055%22%7D%7D>, consultado pela última vez em 22/06/2023.

²⁹ O Ac. do TEDH, Proc. Horych v. Poland, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22full-text%22:%7B%22horych%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%22item-id%22:%7B%22001-110440%22%7D%7D>, consultado pela última vez em 22/06/2023.

às visitas que impediam o contacto físico direto entre recluso e visitante que, neste caso, se traduz na proibição de contacto físico entre pai e filhas.

O TEDH concluiu que, pela natureza das visitas, tratando-se de crianças e menores, tais visitas deverão ser regidas por disposições especiais e podem estar sujeitas a condições específicas em função da idade do visitante, das possíveis repercussões no seu estado emocional ou bem-estar. E, neste contexto, os Estados têm a obrigação de promover a garantia de condições apropriadas para receber as crianças, aliadas a um ambiente livre de qualquer stress ou angústia.

Posto isto, no presente caso, o TEDH decidiu que esse dever não é cumprido devidamente em situações em que as visitas das crianças são organizadas de forma a expô-las à visão das celas prisionais e dos reclusos, resultando numa experiência inevitavelmente traumática e excepcionalmente stressante e angustiante.

A promoção do contacto físico durante as visitas é, ainda, um ponto fulcral dos convívios. Isto porque, como é de fácil compreensão, as visitas sem qualquer contacto dificultam que os membros da família se vejam e se ouçam, criando uma experiência traumática e angustiante³⁰.

Ademais, estudos têm indicado que a manutenção do contacto entre progenitores reclusos e os seus filhos pode atenuar as dificuldades e aumentar a probabilidade de verificação de reintegração positiva³¹. Doutra banda, permitir um contacto mais frequente e de melhor qualidade entre as crianças e os seus progenitores reclusos beneficia não apenas a criança, mas também o progenitor recluso, os funcionários dos estabelecimentos prisionais, reduzindo comportamentos autodestrutivos e melhorando a ordem, a segurança e a dinâmica na prisão³².

³⁰ Cramer, Lindsey, Goff, Margaret, Peterson, Bryce, SandsTrom, Heather, *Parent-Child Visiting Practices in Prisons and Jails – A Synthesis of Research and Practice*, Urban Institute, 2017, p. 7, disponível em https://www.urban.org/sites/default/files/publication/89601/parent-child_visiting_practices_in_prisons_and_jails.pdf, consultado pela última vez em 24/06/2023.

³¹ Morgan, Julia, Leeson, Caroline, Dillon, Rebecca Carter, «How can schools support children with a parent in prison?», in *Pastoral Care in Education – As International Journal of Personal, Social and Emotional Development*, 2013, p. 208.

³² Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to Member States concerning children with imprisoned parents, 2018, p. 23, disponível para download em <https://edoc.coe.int/en/childrens-rights/7802-recommendation-cmrec20185-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-concerning-children-with-imprisoned-parents.html#>, consultado pela última vez em 24/06/2023.

Importa, pois, (re)pensar as visitas a partir da ótica das crianças que as percebem como sendo momentos de elevada excitação e hiperatividade, experienciando sentimentos de frustração, medo e embaraço no decorrer da própria visita³³, tendo em conta o direito da criança a ser ouvida, a consideração de alternativas à aplicação de penas de prisão, a proximidade adequada entre a criança e o seu progenitor, a distribuição de recursos com vista a manter o contacto e a implementação de ações de formação em políticas e práticas relacionadas com as crianças para todos os funcionários que mantenham contacto com crianças e os seus progenitores reclusos³⁴.

Ensinamentos a retirar de ordenamentos jurídicos estrangeiros

Apesar de todo o percurso que ainda falta trilhar no sentido de alcançarmos efetivamente a realização dos direitos das crianças no que tange às suas visitas aos estabelecimentos prisionais, o certo é que existem exemplos a seguir na União Europeia.

É o caso do sistema prisional dinamarquês. Com efeito, a maior parte das prisões dinamarquesas têm brinquedos e jogos na sala onde são efetuadas as visitas com crianças, existindo ainda uma televisão com filmes³⁵.

Aliás, três estabelecimentos prisionais dinamarqueses oferecem um apartamento completo para visitas de fim-de-semana³⁶. Trata-se, por isso, de um espaço com ambiente familiar, decoração adequada e equipado com tudo o que possa ser necessário para a convivência familiar no período de um fim-de-semana corrido. O objetivo é normalizar ao máximo o tempo e ambiente da visita das crianças ao progenitor recluso, por forma a minorar os impactos que a mesma poderia ter na criança no caso de se realizar no estabelecimento prisional em moldes comuns.

³³ Clopton, Kerri L., East, Kathryn K., «"Are There Other Kids Like Me?" Children With a Parent in Prison», in *Early Childhood Education Journal*, 2008, p. 196.

³⁴ Mole, Nuala, Sloan, Samantha, *op. cit.*, p. 10.

³⁵ Children of Prisoners Europe, *Justice for Children of Prisoners – Police, Judges & Sentencing: Arrests, Trials & Children's Rights*, 2013, p. 17, disponível em <https://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2019/02/JudgesSentencingNewsletter.pdf>, consultado pela última vez em 30/06/2023.

³⁶ *Idem ibidem*.

Ainda na Dinamarca, estabeleceu-se aquilo que neste trabalho chamaremos de “agentes da infância” (“child officers”)³⁷. São órgãos policiais treinados especialmente para a consciencialização da importância do contacto entre o recluso e as crianças suas filhas, exortando para o valor a atribuir a instalações de visitas adequadas.

Estes “agentes da infância” são treinados para fornecerem, de forma adequada, informações às crianças e às famílias no exterior, informações estas que se podem prender, por exemplo, com a explicação dos horários de visitas, visualização de fotografias do interior do estabelecimento prisional, informações acerca do tratamento do recluso na prisão, por forma a apaziguar a ansiedade natural da criança que visita o seu progenitor num estabelecimento prisional.

São estes órgãos policiais que, na Dinamarca, estabelecem as necessárias ligações entre recluso, criança e restante família, por forma a apreenderem da possibilidade, ou não, de se realizarem pequenos convívios e até festas em alturas festivas marcantes, como o Natal ou a Páscoa. Ainda, sobre eles impende a responsabilidade da decoração dos espaços de visitas, optando por pinturas coloridas e brinquedos, bem como presentes que os reclusos poderão oferecer aos seus filhos aquando do momento da visita.

De suprema importância é a função que os “agentes da infância” assumem no sentido de prepararem o recluso para a visita, aconselhando-o sobre o que fazer e/ou dizer, bem como que jogos devem ser adotados por forma a estreitar os laços afetivos e tornar a experiência o mais agradável possível para a criança.

Outro exemplo a seguir é o do sistema prisional holandês. As autoridades policiais holandesas começam por utilizar todos os instrumentos e recursos de que dispõem para desenvolver um panorama da rede social em que se insere o suspeito da prática de um determinado ilícito criminal, incluindo-se nesta rede, naturalmente, também as crianças³⁸.

No momento em que os reclusos dão entrada no estabelecimento prisional, é feita novamente uma verificação para determinar se o mesmo tem

³⁷ *Idem ibidem*, p. 18.

³⁸ Bouregba, Alain, «A child’s best interests are not an abstraction», in *European Journal of Parental Imprisonment – The child’s best interests: From theory to practice when a parent is in conflict with the law*, Vol. 8, 2019, p. 10.

filhos e se é necessário diligenciar no sentido de garantir o cuidado e o abrigo dos mesmos³⁹.

Relativamente às visitas, existem também exemplos muito positivos no sistema prisional holandês, onde estão a ser implementados programas que estabelecem, durante as visitas, aulas de artesanato e de pintura, ou até mesmo um acampamento durante o qual as crianças têm a oportunidade de passar alguns dias com o progenitor recluso.

Na Itália, tem sido implementado o programa Spazio Giallo (Espaço Amarelo)⁴⁰ que pode e deve servir de exemplo para eventuais futuras dinâmicas a adotar no sistema prisional português. Este modelo tem por pressuposto duas fases de intervenção: a preparação do espaço amarelo e “trovopapà” (“encontro com o papá”).

O sistema do espaço amarelo tem como objetivo acolher, acompanhar e apoiar a criança visitante, por forma a minimizar os efeitos traumáticos de um ambiente que a criança poderá apreender como hostil. O espaço amarelo é, então, o local das crianças dentro das prisões, onde as mesmas podem descansar, brincar, desenhar, conversar com técnicos profissionais (como psicólogos e assistentes sociais) e, em última análise, esperar pela visita com o progenitor⁴¹.

Por outro lado, o “Trovopapà” ou, em português, o “encontro com o papá” tem por objetivo dotar as crianças de ferramentas que as permitam orientar-se, posicionar-se num determinado espaço físico e habilitá-las dos mecanismos necessários para que possam emocionalmente ser capazes de atravessar uma experiência potencialmente traumática⁴².

Este sistema tem por base os seguintes vetores de atuação: intervenções externas que reconhecem as crianças enquanto seres de direito e as guiam neste percurso de visita do progenitor recluso; intervenções internas no sentido de confirmar a identidade e a presença da criança; elaboração de um mapa através do qual as crianças se podem rever, reconhecendo espaços e momentos que

³⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰ Children of Prisoners Europe, *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice*, Paris, 2014, p. 95, disponível em <https://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2016/01/Children-of-Imprisoned-Parents-European-Perspectives-on-Good-Practice.pdf>, consultado pela última vez em 30/06/2023.

⁴¹ *Idem, ibidem.*

⁴² *Idem, ibidem*, p. 96.

vão vivenciando; elaboração de um livro infantil com histórias sobre a prisão com as quais as crianças se poderão identificar.

Sugestões de medidas a adotar no sistema prisional português

Por todo o exposto *supra*, são muitas as sugestões que poderão – e deverão – ser adotadas por forma a melhorar as visitas das crianças aos progenitores reclusos, maximizando o tempo de qualidade e promovendo a criação e/ou estreitamente de laços afetivos.

Estamos em crer que toda e qualquer medida a adotar no que toca às visitas em estabelecimentos prisionais, e, em concreto, aquelas que envolvam crianças, terá necessariamente que passar pelos seguintes passos: trabalhar o grupo familiar no seu todo, nomeadamente no processo de reintegração do recluso na comunidade e respetiva família; consciencialização, dentro e fora das prisões, visando trabalhar a culpa, a vergonha e o remorso, bem como explorar possibilidades de reintegração com base na reflexão dos reclusos, oferecendo-lhes a oportunidade de assumirem a responsabilidade pelo seu futuro e dos outros envolvidos; programas e atividades de apoio à família e contacto familiar, e, bem assim, facilitar visitas a estabelecimentos prisionais por crianças e outros membros da família; organizar atividades sociais para as famílias dos reclusos; programas e atividades que facilitem todo o tipo de contacto entre os reclusos e as suas famílias, aqui se incluindo presentes de aniversário ou gravações em formato áudio ou vídeo enviados pelos reclusos às famílias e vice versa; programas e atividades de preparação dos reclusos para o seu papel como progenitor após a libertação⁴³.

Em todo o caso, sempre se dirá, como temos vindo a reiterar, que o foco deverá estar nas crianças e no seu bem-estar.

Assim, a primordial atenção deverá ser dada aos direitos das crianças e ao seu superior interesse, nunca esquecendo que as crianças dos reclusos não cometeram qualquer crime e não deverão, em caso algum, ser trata-

⁴³ Slum, Gert Jan, «House of Restoration: A virtual shelter for restoring (family) ties», in *European Journal of Parental Imprisonment: Community sanctions and restorative justice*, 2016, p. 15.

das como mais um peão do sistema, em resultado dos atos praticados pelos seus progenitores⁴⁴.

O Conselho da Europa já explanou que é necessário proteger o direito da criança a manter uma relação emocional e contínua com o seu progenitor recluso, tendo este último o dever e, simultaneamente, o direito de desempenhar o seu papel parental, promovendo experiências positivas para o filho. Pelo que, toda e qualquer intervenção de apoio às crianças com um progenitor recluso deve garantir que não é criado estigma e discriminação relativamente a estas crianças⁴⁵.

A concretização do melhor interesse da criança começa, desde logo, na escolha do estabelecimento prisional no qual o progenitor irá cumprir a pena de prisão a que foi condenado. A alocação do recluso, nestes casos, a uma prisão específica deverá ser realizada por forma a facilitar a manutenção do contacto, das relações e visitas entre a criança e o progenitor, sem que seja imposto um encargo financeiro ou geográfico excessivo⁴⁶.

O direito a ser cuidado pelos progenitores bem como o direito ao contacto regular com os mesmos exigem a implementação de medidas especiais para que as crianças possam visitar os seus pais no estabelecimento prisional.

Estas medidas poderão incluir, desde logo, a determinação de visitas em alturas de festividades ou datas especiais⁴⁷, como, por exemplo, Natal, Páscoa e aniversários. Ainda, deverá ser dada toda a informação às crianças, de forma adequada e de acordo com a idade das mesmas, quer sobre as visitas, quer sobre outros meios de contacto com os progenitores.

Outro ponto a ter em conta será o das medidas de segurança aquando da entrada das crianças nos estabelecimentos prisionais.

Nesta conformidade, os procedimentos de revista devem respeitar os direitos das crianças, em especial o direito à privacidade e à integridade física. É importante que todos quantos trabalham nos estabelecimentos prisional

⁴⁴ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to Member States concerning children with imprisoned parents, 2018, p. 11, disponível para download em <https://edoc.coe.int/en/childrens-rights/7802-recommendation-cmrec20185-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-concerning-children-with-imprisoned-parents.html#>, consultado pela última vez em 24/06/2023.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 12.

⁴⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁷ Liefwaard, Ton, «Rights of children of incarcerated parents: towards more procedural safeguards», in *European Journal of Parental Imprisonment: An evolving child rights agenda*, 2015, p. 14.

estejam conscientes de que as crianças que visitam os seus progenitores, e os seus acompanhantes, não são condenados e, como tal, não deverão ser tratadas como suspeitos da prática de crime, devendo privilegiar-se a sua condição de criança⁴⁸.

Aos guardas prisionais deverá ser administrada formação especializada em revistas adequadas a crianças, tudo no sentido de minimizar o efeito negativo que tal procedimento poderá acarretar para as crianças, que estarão ansiosas e, em alguns casos, temerosas em relação a esta medida de segurança⁴⁹.

Como já fomos aflorando, um dos maiores desafios e entraves colocados nestas visitas é precisamente o local onde as mesmas se realizam.

Quanto a este ponto, há que referir que a experiência da visita tornar-se-á muito mais agradável se o ambiente físico em que se realiza for menos assustador do ponto de vista da criança⁵⁰, pelo que a simples introdução de cores ou imagens nas paredes⁵¹ fará toda a diferença, tornando o espaço mais acolhedor para a criança visitante.

Ainda, quer no local da visita, quer nos locais em que as crianças são colocadas à espera do momento do início da visita, deverão existir jogos, livros e material didático, promovendo o entretenimento da criança enquanto espera pela visita. Doutra banda, promoverá também a relação entre filho/a e progenitor, tornando a experiência mais agradável para ambos⁵².

Por outro lado, importa precaver as situações que não permitam a visita física da criança com o progenitor recluso. Falamos, por exemplo, nos casos em que as dificuldades financeiras e a distância geográfica colocam verdadeiros obstáculos à realização das visitas com a frequência necessária e adequada entre progenitor e filho/a.

Nesta conformidade, é da primordial importância que sejam facilitados outros tipos de contactos. As chamadas telefónicas criam uma problemática em si mesmas, centrada na falta de privacidade, uma vez que estas chamadas estão sempre no alcance auditivo de outros prisioneiros⁵³.

⁴⁸ The Danish Institute for Human Rights, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 19.

⁵⁰ Schubert, Erin C., Duininck, Megan, Shlafer, Rebecca J., *op. cit.*, p. 217.

⁵¹ Cramer, Lindsey, Goff, Margaret, Peterson, Bryce, Sandstrom, Heather, *op. cit.*, p. 14.

⁵² Schubert, Erin C., Duininck, Megan, Shlafer, Rebecca J., *op. cit.*, p. 218.

⁵³ The Danish Institute for Human Rights, *op. cit.*, p. 22.

Verificadas estas dificuldades, deverão os estabelecimentos prisionais promover os contactos regulares das crianças com os seus progenitores por outros meios, como seja a videochamada⁵⁴.

Partimos, claro está, da perspetiva e assunção de que os convívios paterno-filiais são, em si mesmos, do melhor interesse da criança, não sendo aqui analisadas as circunstâncias em que os mesmos se revelem nefastos, por exemplo, nos casos em que o progenitor recluso tenha praticado um ato que coloque a criança em perigo ou esteja, até, a cumprir pena de prisão precisamente pela prática de um ato ilícito contra a criança.

Em jeito de súmula de tudo o que vimos expondo, elencamos as seguintes medidas e/ou sugestões^{55/56} a adotar, colocando em primeiro plano o melhor interesse da criança:

Toda a criança deverá ter o direito de visitar o seu progenitor recluso em local adequado no período de uma semana após a sua reclusão e com frequência, após o início do cumprimento da pena;

As visitas deverão ser organizadas de modo a que não interfiram com outros elementos da vida da criança, como seja a escola;

Nos casos em que o outro progenitor (ou a quem tenha sido atribuído o exercício das responsabilidades parentais) não tenha disponibilidade para se deslocar ao estabelecimento prisional, deverão ser equacionadas outras soluções, como é o caso do acompanhamento da criança por um profissional ou outro membro da família;

O mesmo ideal será estabelecido para as chamadas “salas de espera”, garantindo que a criança tem acesso a brinquedos, livros, material de desenho, jogos, enquanto espera pela visita;

Dever-se-ão estabelecer normas europeias no que diz respeito aos locais de visitas, por forma a serem criados espaços que promovam o contacto pessoal e ofereçam um ambiente propício para brincar e estabelecer relações positivas entre pais e filhos;

⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁵ The Danish Institute for Human Rights, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to Member States concerning children with imprisoned parents, 2018, pp 14-18, disponível para download em <https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7802-recommendation-cmrec20185-of-the-com-mittee-of-ministers-to-member-states-concerning-children-with-imprisoned-parents.html#>, consultado pela última vez em 24/06/2023.

O local da visita deverá ser adequado a assegurar os direitos à dignidade e privacidade da criança, aqui se incluindo o acesso às instalações por crianças com necessidades especiais;

As crianças deverão ter acesso a informações adequadas à sua idade sobre os procedimentos que se prendem com a visita, aqui se incluindo informações sobre o que podem trazer consigo para as visitas e como se realizarão as revistas aquando da chegada ao estabelecimento prisional;

Estas informações deverão ser redigidas com cores, letras grandes e pequenas, versões de leitura fácil, versões em áudio e em diferentes idiomas, adaptadas a cada criança;

Os procedimentos de revistas deverão ser adequados e proporcionais, tendo por base a realização dos direitos das crianças, o que significa que o agente que realize a revista terá que ter em consideração o direito da criança à sua privacidade, integridade física e segurança;

O pessoal de serviço dos estabelecimentos prisionais deverão receber formação em revistas adequadas a crianças e no impacto que as mesmas, conjugadas com o ambiente prisional, poderão ter sobre as crianças;

Cada estabelecimento prisional deverá ter um “agente da infância”, devidamente treinado e formado para acompanhar e apoiar as crianças durante as visitas;

Deverão ser promovidas atividades entre pais e filhos, de forma regular, nos estabelecimentos prisionais;

Estas atividades deverão incluir visitas prolongadas em ocasiões especiais, como o Dia da Mãe, o Dia do Pai, o Natal;

Dentro daquilo que for aceitável, as crianças deverão poder ver onde é que os seus progenitores vivem, dentro das prisões, seja por meio de fotografia, seja até pela visita à cela ou camarata a que o progenitor esteja alocado, com vista à redução do medo e ansiedade em relação ao que acontece ao progenitor quando a criança sai da visita;

Deverão ser organizados grupos de peritos/especialistas em crianças (psicólogos e assistentes sociais, por exemplo) com o objetivo de avaliarem as experiências das crianças ao visitar os estabelecimentos prisionais;

Estes grupos de profissionais avaliarão, também, a possibilidade de contacto com os progenitores por outros meios que não sejam só a visita, recomendando melhorias ao sistema atualmente implementado;

Neste circunspecto, outros meios de contacto deverão ser utilizados para promover a relação afetiva entre progenitor e criança, como, por exemplo, o acesso a videochamadas e chamadas telefónicas. Os custos das mesmas não deverão ser elevados, por forma a poderem ser suportados pelos progenitores, sendo que a estes últimos deverá ser prestada a ajuda financeira necessária para garantir os referidos contactos;

Deverá ser determinado um apoio financeiro a famílias de rendimento diminuto, por forma a garantir que a visita não se realiza apenas por falta de recursos económicos. Neste sentido, e sempre que possível, às famílias que via- jem de locais longínquos para a visitas deverá ser garantida a pernoita em local adequado.

Ainda que a utopia da implementação de todas estas sugestões possa pa- recer perfeita, estamos certos de que a aplicação de tudo o que vimos expondo não será suficiente para garantir a realização, por inteiro, dos direitos das crian- ças aquando das visitas aos seus progenitores. Isto porque cada caso é um caso e, inerentemente, cada criança é uma criança, não sendo de todo garantido que os seus direitos sejam realizados na sua plenitude pela aplicação das sugestões supra expostas.

Conclusões

Os convívios parentais em contexto prisional constituem uma questão de suma importância e especial delicadeza, merecendo uma atenção especial no que tange à proteção das crianças envolvidas.

No âmbito do sistema prisional português, identificamos uma série de desafios e obstáculos que impactam diretamente a garantia do direito ao convívio das crianças com os progenitores reclusos.

Creemos ser imperativo colocar em prática programas de intervenção familiar, a promoção da comunicação e do contacto regular entre pais e filhos, passando pela inclusão de medidas de reintegração social que levem em consideração a importância dos laços familiares.

A proteção do direito de convívio das crianças com os progenitores reclusos é um desafio complexo, mas também uma oportunidade para promover a ressocialização e o bem-estar das famílias afetadas pelo sistema prisional.

É imprescindível que as políticas públicas, as instituições e a sociedade em geral estejam empenhadas em adotar uma abordagem centrada na criança, que procure harmonizar a necessidade de punição e reabilitação com o direito fundamental das crianças ao convívio familiar.

DA INCAPACIDADE SUCESSÓRIA POR INDIGNIDADE AO ABUSO DO DIREITO: EM ESPECIAL, O CASO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2150/22.3T8TVD.L1-7, DE 05.12.2023

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.3>

Diana Barros

Introdução

Perante o concreto quadro factual suscitaram-se questões quanto ao exercício do direito de suceder e de aceitar a herança, tendo os Juízes Desembargadores do Tribunal da Relação de Lisboa¹ sido chamados a pronunciar-se sobre o seu enquadramento no instituto da indignidade, nos termos do disposto na alínea a), do artigo 2034º do Código Civil (CC) ou, subsidiariamente, pelo seu enquadramento no instituto do abuso do direito, previsto no artigo 334º do mesmo diploma legal.

Poderá um filho, absolvido da prática do crime de homicídio em relação ao seu pai, por ter sido declarado inimputável, vir a exercer, sem abuso, o seu direito a suceder e a aceitar a herança, conferindo-lhe a lei capacidade sucessória?

Parece-nos adequado analisar o problema em causa, nomeadamente no que respeita ao seu enquadramento nas causas de indignidade e, seguindo

¹ Advogada e Mestre em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Escola de Direito da Universidade do Minho. O nosso estudo incidirá, em parte, sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Processo nº 2150/22.3T8TVD.L1-7, de 05-12-2023, relator Edgar Taborda Lopes, e centraremos a nossa exposição nos institutos jurídicos em discussão nos autos. O referido acórdão pode ser consultado em dgsi.pt [24.06.2024].

a linha da decisão judicial, *a final*, no instituto do abuso do direito, numa Ordem Jurídica, mormente em face do Código Civil português, que enumera expressamente os casos de aplicação desta incapacidade e, bem assim, que atribui ao abuso do direito a função de mecanismo de controlo, a aplicar em contextos limite. A crescer, no específico ramo do Direito das Sucessões, a aplicação do abuso do direito tem suscitado algumas reservas quer a nível doutrinário, quer jurisprudencial que importa, também, explanar.

Enquadramento legal e conceptual: breves notas

A capacidade sucessória

O facto morte² desencadeia um conjunto de alterações nas relações jurídicas de que o *de cuius* é titular³, desencadeando-se, assim, o propósito do Direito das Sucessões que é atribuir a alguém essas relações jurídicas (direitos e bens) que se encontravam na esfera do falecido. Mediante a ocorrência de vários atos apurar-se-á quem vai adquirir *lato sensu* os bens que pertenciam ao falecido.

Cristina Araújo Dias e Carvalho Fernandes⁴, denominam de “fenómeno sucessório” o conjunto dos factos jurídicos que se desencadeiam desde a morte até que os bens do falecido sejam atribuídos a outra ou a outras pessoas. Assim, até que alguém, que sobreveio ao falecido, encabece na titularidade dos bens ou direitos deste, necessário se torna que ocorra um conjunto de atos que se enca- deiam nesse processo. Como nos ensina, Capelo de Sousa, “o fenómeno sucessório não é instantâneo, não se operando automaticamente um encabeçamento em tais relações de um ou vários sucessores”⁵.

² Pode dizer-se que o primeiro pressuposto da sucessão é a morte já que como diz o brocardo “*viventis non datur hereditas*” – “os vivos não dão herança”. Vide a propósito, Carlos Pamplona Corte Real, *Direito da Família e das Sucessões, Volume II, Sucessões*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, p. 179.

³ Neste sentido, Francisco Manuel Pereira Coelho, *Direito das Sucessões, Lições aos Cursos 1973-1974*, Policopiado, Coimbra, 1992, p. 2, escreve que “(...) a morte abre uma crise nas relações jurídicas de que ele era titular e que devem sobreviver-lhe”.

⁴ Cfr. Cristina Araújo Dias, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 16, e Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição (revista e atualizada), Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2012, p. 13.

⁵ Cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, 1990, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, p. 272.

O fenómeno sucessório divide-se em momentos primordiais que se reconduzem à abertura da sucessão, à vocação ou o chamamento sucessório e à aceitação da herança⁶.

É no momento da vocação sucessória que os sucessíveis (herdeiros e legatários) são chamados à sucessão do *de cuius* e, conseqüentemente, é-lhes atribuído o direito de suceder, o direito de aceitar ou repudiar a herança ou o legado, nos termos do art. 2032º, nº 1, do CC.

A capacidade sucessória⁷ traduz-se na idoneidade para ser chamado a suceder, para ser destinatário de uma vocação sucessória, da aptidão para ser chamado a suceder como herdeiro ou como legatário, estabelecendo o art. 2033º do CC os seus princípios gerais⁸.

De salientar que a capacidade sucessória não se confunde com a capacidade jurídica geral, sendo mais lata, conforme dispõe o nº 2 do artigo supra identificado, tendo capacidade sucessória o Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei. A capacidade sucessória é a regra, uma vez que, tal como dispõe o supracitado artigo, “são capazes de suceder todas as pessoas singulares e coletivas que a lei não declare como incapazes”⁹.

A capacidade sucessória revela-se, assim, um pressuposto da vocação sucessória, assumindo especial relevo no momento da aceitação da herança, sendo que a sua falta exclui o chamamento.

⁶ V. a propósito, Cristina Araújo Dias, *op. cit.*, p. 16; Luís A. Carvalho Fernandes, *op. cit.*, p. 117; Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, pp. 2 e 3, e Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, pp. 130 e 131.

⁷ De salientar que a capacidade sucessória não se confunde com a capacidade jurídica geral, sendo mais lata, conforme dispõe o nº 2 do artigo supra identificado, tendo capacidade sucessória o Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei.

⁸ A Doutrina, numa análise do art. 2032º do CC ensina-nos que a vocação sucessória depende de três pressupostos: titularidade de designação prevalente, personalidade jurídica ou existência do chamado e capacidade sucessória. Vide a propósito, Cristina Araújo Dias, *op. cit.*, p. 95, e Carlos Pamplona Corte Real, *Curso de Direito das Sucessões*, Vol. II, Lisboa, Ministério das Finanças, Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, 1985, p. 30, Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 126; Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 282; Luís A. Carvalho Fernandes, *op. cit.*, p. 155; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Sucessões – Noções fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora; 1980, p. 64.

⁹ Vide a propósito, Cristina Araújo Dias, *ob. cit.*, p. 100, em que se defende que o conceito de capacidade sucessória é mais lato do que o de capacidade jurídica geral, pois os nascituros já concebidos têm capacidade sucessória nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 2033º do CC e até os conceturos, nos termos do disposto na alínea a) do nº 2 do artigo 2033º do CC e, ainda, Cristina Araújo Dias, *Código Civil Anotado, Livro V, Direito das Sucessões*, coord. Cristina Araújo Dias, Coimbra, Edições Almedina, 2022, pp. 36-39.

A capacidade sucessória é a regra e a exceção é, pois, a incapacidade, nomeadamente a chamada incapacidade sucessória por indignidade que se encontra regulada nas várias alíneas do art. 2034º do CC.

A incapacidade por indignidade

A família é (ou deve ser) solo fértil onde proliferam laços e deveres de cooperação, cuidado e respeito e, no normal desenrolar dos acontecimentos, quer na perspetiva social, quer na perspetiva do Direito positivado, ocorrendo o facto morte, no caso de um pai, são chamados à sucessão os titulares da designação prevalente, em cumprimento da prioridade na hierarquia dos sucessíveis, onde se incluem (existindo) os filhos.

Quando fracassam os deveres acima referidos e quando são praticados pelos sucessíveis determinados atos que a lei sanciona, são chamados a intervir os institutos da indignidade e da deserdação¹⁰, que conduzem ao afastamento daqueles, configurando verdadeiras sanções civis.

A indignidade sucessória traduz-se numa incapacidade para suceder e funda-se em circunstâncias subjetivas, poder-se-á dizer, num fundamento ético, e não numa razão objetiva (como uma incapacidade natural ou física), configurando uma atitude de repúdio da lei quanto aos factos graves perpetrados pelo herdeiro contra o autor da herança, o seu cônjuge ou outros sucessíveis próximos¹¹.

A indignidade é uma “pena civil”, em que a lei reage afastando o sucessível da sucessão, por este ter praticado um ato reprovável, tendo como efeito nos termos do nº 1 do art. 2037º do CC “a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má fé dos respetivos bens”.

¹⁰ A indignidade e a deserdação configuram, ambas, mecanismos que excluem um sucessível da sucessão, contudo, situam-se em distintos planos e prosseguem objetivos diferentes, que aqui não abordaremos. Sobre o tema, *vide*, Branca Martins da Cruz, *Reflexões Críticas sobre a Indignidade e a Deserdação*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 52.

¹¹ Oliveira Ascensão afasta-se do entendimento de que a indignidade é uma incapacidade, considerando que estamos antes perante uma ilegitimidade: não incapacidade sucessória passiva, pois, mas ilegitimidade sucessória passiva. Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, 4ª edição, rev., Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 157. Perfilhando desta opinião, vide, igualmente, Rabindranath Capelo de Sousa, *op. cit.*, p. 293.

As causas de indignidade encontram-se enumeradas no art. 2034º do CC e seguindo a síntese de Jorge Duarte Pinheiro: “[n]a alínea a) atende-se às situações de atentado contra a vida do autor da sucessão e seus familiares próximos; na alínea b), a casos de atentado contra a honra do autor da sucessão e seus familiares mais próximos; na alínea c), a situações de atentado contra a liberdade de testar; e na alínea d), de atentado contra o próprio testamento”¹².

Centraremos – porque a decisão judicial também nela se centrou – a nossa análise na sua alínea a) em que se dispõe que carece de capacidade sucessória por motivo de indignidade, “o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado”;

Sobre esta alínea, diz-nos Remédio Marques que “nenhuma outra causa de indignidade revela tanta gravidade e causa tanto temor, repulsa e ignomínia, pois mostra o total desprezo e desrespeito do indigno pela vida e pela própria pessoa do *de cuius*. O que justifica que se faça cessar qualquer laço ético-jurídico que justifique a sucessão do criminoso na herança da vítima, do seu cônjuge, ascendentes ou descendentes”¹³.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2150/22.3T8TVD.L1-7, de 05-12-2023, relator: Edgar Taborda Lopes

a) O processo

Foi intentada ação cível por P. e C. contra X, pedindo os Autores que se declare a indignidade sucessória do Réu, face ao seu pai, nos termos do disposto no art. 2034º do CC ou, subsidiariamente, ao abrigo do instituto do abuso do direito.

¹² Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Editora da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2ª edição, 2ª reimpressão, Lisboa, 2017, p. 195.

¹³ *Vide*, João Paulo Remédio Marques, “A indignidade sucessória do artigo 2034º, alínea a), do Código Civil português – Pode ser dispensada a específica declaração judicial de indignidade sucessória do criminoso em relação a cada uma das heranças posteriormente abertas por óbito das pessoas aí mencionadas?”, in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2, Vol. 28, Coimbra, junho de 2022 [24.06.2024].

Os Autores, irmãos do falecido, estribam a sua pretensão no quadro fatural que deu origem à abertura da sucessão, concretamente, pelo Réu ter vitimado fatalmente o pai e a irmã que se encontrava grávida. À data do óbito o falecido não era casado, não tinha ascendentes vivos e não deixou outros descendentes, para além do Réu.

Previamente, no âmbito do processo crime foram confessados os factos e foi decidido, por acórdão¹⁴, designadamente, para o que aqui releva, absolver o arguido da prática dos crimes de homicídio qualificado de que vinha acusado, declarando-o inimputável em razão de doença psiquiátrica irreversível – esquizofrenia associada ao consumo de canabinóides – que o impede de avaliar a ilicitude dos seus atos do prisma da realidade e, consequentemente, não lhe aplicar qualquer pena, aplicando-se, outrossim, uma medida de segurança.

No plano do Direito Civil, os Autores pretendem obstar a que o Réu venha a exercer o seu direito de suceder e a herdar o património do seu pai, a sua própria vítima.

Na primeira instância, decidiu-se, com fundamento no abuso do direito (por se encontrarem verificados os pressupostos legais), declarar a incapacidade sucessória do Réu na herança aberta por óbito de seu pai, afastando o seu enquadramento no instituto da indignidade.

Sobre esta sentença vem o Réu apresentar a sua discordância, chamando o Tribunal da Relação a decidir, em sede recursiva, firmando a sua pretensão, em traços largos, na impossibilidade de aplicação da incapacidade por indignidade, nos termos previstos no art. 2034º do CC, aos declarados inimputáveis e, ainda, sobre a impossibilidade legal de aplicação aos declarados inimputáveis do regime de incapacidade sucessória por abuso do direito, por não se verificarem os seus pressupostos.

Do que resulta das suas alegações, entende o Réu/Recorrente que a lei prevê regimes e normas específicas aplicáveis aos inimputáveis no que a sanções civis concerne quanto a factos que pratiquem e, como tal, não se revela possível a aplicação aos inimputáveis de uma figura residual e conceito indeterminado como é o abuso do direito na base dos princípios gerais do

¹⁴ Acórdão proferido pelo Juízo Central Criminal de Loures, no processo comum (Tribunal Coletivo) n.º 410/20.7GDTVD, transitado em julgado em 17/10/2022.

direito e da boa fé. Acrescenta, ainda, o Recorrente que só nas situações mencionadas nas alíneas a) a d) do art. 2034º e em situações de condenação penal que implicam a imputabilidade dos sujeitos, é que a lei prevê a possibilidade de declaração de incapacidade sucessória por indignidade.

Assim sendo, no caso em que um individuo é declarado inimputável, como é o caso, e inexistindo condenação penal, em nenhuma situação a declaração de incapacidade sucessória por indignidade lhe é legalmente aplicável.

Acrescenta, ainda, que a circunstância da inimputabilidade não pode ser, em momento algum, seja na aferição da sua responsabilidade penal, seja na aferição da sua responsabilidade ou sanção civil, afastada porquanto lhe é intrínseca ao seu ser biológico e psicológico e conceito normativo do Direito.

Questiona-se o Recorrente sobre como é possível uma apreciação às normas de conduta pela boa fé e bons costumes de um indivíduo que intrinsecamente é diferente da normalidade do padrão ético dos “normais” elementos da sociedade em que vive.

Por seu lado, os Autores apresentaram contra-alegações pugnando pela improcedência do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção da sentença do tribunal *a quo*.

Para tanto consideram que o instituto da indignidade deriva de uma concepção teleológica baseada no evidente repúdio de situações em que um herdeiro do *de cuius* se veja “investido” no benefício de vir a receber bens de uma pessoa que foi por si gravemente ofendida, ou mesmo assassinada como aqui sucede.

Defendem que o ordenamento jurídico não se compagina nem se pode mostrar de modo algum conivente com situações que equivalham a cancelar, em termos práticos e finalísticos, que uma determinada pessoa se veja favorecida e patrimonialmente enriquecida em virtude da prática de um ato ilícito por si perpetrado.

Consideram que o instituto da indignidade sucessória representa uma salvaguarda de coerência com um ordenamento jurídico que, naturalmente, não aceitar premiar, direta ou indiretamente, a ilicitude dos atos praticados por quem quer que seja e tal desiderato mostra-se particularmente expressivo no campo sucessório.

Embora o Recorrente, no foro penal, tenha sido considerado inimputável no que diz respeito à sua responsabilização criminal pela morte do

seu pai, da sua irmã e do feto desta última, tal circunstância não obsta à consideração da indignidade sucessória no plano civil, por ser inteiramente distinto do plano penal.

Destarte, no plano jurídico-penal, o elemento subjetivo da culpabilidade assume uma função absolutamente fulcral, mas tal não sucede, no direito civil, o qual está ligado primordialmente à tutela de um princípio de equilíbrio no estrito domínio das relações entre sujeitos de direito privado, em que a culpabilidade assume uma importância e um alcance substancialmente diferente daquele que releva para o plano criminal.

Assim, defendem não se poder entender que o juízo de censura inerente à indignidade sucessória seja inteiramente coincidente com os padrões da culpabilidade penal, precisamente porque a indignidade sucessória se situa no campo do direito civil, no qual se censura um conjunto de condutas que não se censuram no campo penal.

Para operar a declaração de indignidade sucessória é, no seu entender, bastante uma sentença, transitada em julgado, da qual se extraia a certeza jurídica sobre a prática dos factos que a fundamentam.

Entendem que no caso em apreço, não existem dúvidas sobre a prova da efetiva intencionalidade da conduta levada a cabo por X., e muito menos sobre o facto de que essa intencionalidade é inequivocamente repudiada no plano civil e, como tal, carecida de tutela e sanção.

Tal entendimento não se baseia numa operação jurídica de analogia, porque proibida no respeitante a normas de carácter excecional. Pelo contrário, o raciocínio jurídico supra descrito tem por base, tão-somente, uma mera interpretação extensiva da norma contida no artigo 2034º, al. a), do CC, retirando do mesmo um resultado hermenêutico que, salvo melhor entendimento, se encontra plasmado na letra da referida norma jurídica em termos que não exigem o recurso à metodologia analógica.

A sentença penal não nega o quadro clínico do Recorrente – porém, ainda que o reconheça, e o valore para efeitos de sanção penal, não deixa de reconhecer que os atos do Recorrente foram intencionais e que o mesmo sabia qual seria o seu resultado, o qual era por si pretendido.

No que ao abuso do direito diz respeito, defendem que o juízo de intencionalidade da conduta do Recorrente não se mostra sequer de capital importância para a aplicabilidade deste instituto, cujos efeitos impeditivos

se bastam com a verificação de uma situação que clamorosamente se afigure como sendo de um abuso evidente, patente e objetivo, o que se verifica.

Não podem restar, assim, quaisquer dúvidas de que, em qualquer caso e sob qualquer prisma, a conduta criminosa perpetrada intencionalmente pelo Recorrente jamais poderia, em caso algum, permitir que o mesmo fosse admitido a assumir a posição jurídica de herdeiro do seu pai que assassinou de forma tão brutal e ignominiosa.

Por tudo o acima referido, pugnam pela total improcedência do recurso e pela confirmação do teor da sentença *a quo*.

Balizadas, ainda que sucintamente, ambas as posições, daqui resulta que as questões a decidir, como bem se diz no acórdão do Tribunal da Relação da Lisboa, não têm uma resposta fácil e linear, atendendo às várias perspetivas a considerar.

b) Síntese dos factos provados:

Com relevo para a presente análise, o Tribunal considerou provada a seguinte factualidade, que brevemente se exporá:

- Que J, Autor da sucessão, é pai de X e faleceu no dia 14 de Novembro de 2020, no estado de solteiro e sem ascendentes vivos;
- O Réu X. é filho de J.
- Que os Autores da ação são irmãos de J.

Que por Acórdão proferido pelo Juízo Central Criminal de Loures, no processo comum (Tribunal Coletivo) nº 410/20.7GDTVD, transitado em julgado em 17/10/2022, foi decidido:

- Absolver o arguido, X., da prática dos crimes de Homicídio Qualificado p. p. respetivamente, pelos artigos 14º, nº 1, 26º, 131º e 132º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do Código Penal, e 131º, 132º, n.ºs 1 e 2, als. c), e) e j), do mesmo diploma, de que vinha acusado;

- Declarar que o arguido, X., praticou factos qualificados pela Lei Penal como crime de Homicídio p. p. pelo art. 131º, do Cód. Penal, na pessoa de J. seu pai;
- Declarar que o arguido, X., praticou factos qualificados pela Lei Penal como crime de Homicídio p. p. pelo art. 131º do Código Penal, na pessoa de S., sua irmã;
- Declarar que o arguido, X., praticou factos qualificados pela Lei Penal como crime de Aborto, p. p. no artigo 140º, nº 1, do Código Penal, de que vinha acusado;
- Declarar o arguido, X., inimputável em razão de doença psiquiátrica irreversível – Esquizofrenia associada ao consumo de canabinóides – que o impede de avaliar a ilicitude dos seus atos do prisma da realidade e, conseqüentemente, não lhe aplicar qualquer pena.
- Declarar que existe perigo de prática de novos ilícitos criminais por banda do arguido, X., e, conseqüentemente, aplicar-lhe medida de segurança de duração não inferior a três (3) anos e não superior a vinte e cinco (25) anos;
- Não suspender a execução da medida de segurança de internamento e tratamento em estabelecimento adequado imposta ao arguido.

Da factualidade dada como provada no Acórdão do Juízo Central Criminal de Loures, consta além do mais que:

- O arguido sabia que, ao desferir facadas na cabeça, costas e tronco de J. e na cabeça e zona torácica de S. provocaria a sua morte, como veio a acontecer;
- E também sabia que com a sua atuação iria causar a morte do feto que sabia que a irmã, S., trazia em gestação, como veio a acontecer;
- Em suma, a atuação do arguido foi a causa direta e necessária, da morte de J. e de S.;
- O arguido agiu com o propósito concretizado de tirar a vida a J. e a S., fazendo-a abortar, sabedor que tal conduta lhe era vedada por lei;
- Desde 2019 que eram conhecidos ao arguido surtos psicóticos e alucinações auditivas;

- À data da prática dos factos, a doença do arguido encontrava-se já em fase aguda;
- O arguido foi submetido a exame pericial de avaliação psiquiátrica, tendo a perita médica concluído pelo diagnóstico de Psicose Esquizofrénica, associada ao consumo de múltiplas substâncias, nomeadamente canabinóides, sendo que ambas as situações eram prévias aos factos pelos quais se encontra indiciado;
- Fruto da descompensação da sua anomalia psíquica grave, o arguido mantinha alterações do comportamento, acreditando que o pai seria o Diabo e a irmã uma cavaleira das trevas que incorporava a Guerra, e que ambos estariam do lado do Mal, enquanto o arguido estaria do lado do Bem. Fruto de alucinações auditivo-verbais, que lhe davam ordens e/ou que comentavam os acontecimentos, bem como de alucinações cenestésicas – sentiu que lhe tinham extraído o Tupac – o arguido resolveu agir, naquilo que considerava ser o mundo paralelo e para onde conseguiria passar através da dilatação da glândula pineal (outra crença delirante), tendo matado os seres maléficos que incorporavam o pai e a irmã;
- Por força das referidas patologias e pelo facto de manter à data de hoje algum apelo ao consumo de estupefacientes, à semelhança do que sucedeu à data da prática dos factos, labora por vezes em cenários inexistentes pelo que não tem, nesses momentos, capacidade de avaliar a ilicitude dos seus actos do prisma da realidade existente, tendo concluído a Perita Psiquiatra por fundados receios de que venha a cometer actos delituosos semelhantes aos que estão em causa nos autos;
- O referido complexo patológico de que padece o arguido, em relação aos efeitos que produz sobre o seu intelecto e a sua vontade, foi causal do comportamento que lhe é imputado e produziu, no momento da prática dos factos, um efeito psicológico suscetível de o incapacitar para avaliar a ilicitude do mesmo do prisma da realidade existente e de se determinar de acordo com essa avaliação, já que o conduziu a laborar sobre realidade alucinada.

c) A decisão

Analisado o *thema decidendum* e explanadas considerações jurisprudenciais e doutrinárias que para o caso relevam e que sustentam a posição a tomar, o tribunal superior veio, em suma, negar provimento ao recurso apresentado pelo Réu e confirmar a decisão da primeira instância. Do sumário do acórdão consta, para o que aqui releva:

- “(…) II – O artigo 2033.º, nº 1, do Código Civil estabelece um princípio geral de capacidade sucessória passiva, sendo que um sucessor é um beneficiário que vê ingressar no seu património os bens daquele que morreu.
- III – O artigo 2034.º, alínea a), descreve um elenco de situações taxativo pelo que, à face desta norma, não pode ser considerado indigno relativamente a seu pai, aquele que, tendo embora praticado factos que integram o tipo penal de homicídio doloso, qualificado, na pessoa deste último, foi absolvido do crime ao ser julgado inimputável.
- IV – Mas se assim é, a Ordem Jurídica, como um todo, tem mecanismos que lhe permitem evitar situações que possam ser tidas ou consideradas pela sociedade como inaceitáveis, repugnantes ou intoleráveis, impedindo – por exemplo – que alguém que tenha sido declarado inimputável e esteja a cumprir uma medida de segurança, mas não tenha qualquer limitação civil (nomeadamente com o regime do maior acompanhado), herdar todo o património da sua própria vítima.
- V – É para essas situações extremas, limite, que existe o abuso de direito, aqui configurado como exercício abusivo do direito de exercer a vocação sucessória ou como exercício abusivo do direito de aceitar a herança.
- VI – Considerado o Réu penalmente inimputável, em termos penais, na morte do pai, mas sem quaisquer limitações em termos de capacidade civil, deve este ver paralisado, considerado abusivo e tido como ilegítimo, o exercício do direito de aceitar a herança daquele que matou, uma vez que seria considerado chocante, violador da consciência jurídica de qualquer um/a e contrário aos bons costu-

mes, que alguém com capacidade sucessória (nos termos dos artigos 2033º, 2030º, 2133º, alínea b), e 2157º), tenha provocado directamente o funcionamento da condição (morte do pai, de cuius) de que dependia a sua concretização, ao ser ele a determinar o momento em que se abriu a sucessão (artigo 2031.º e 2032.º) e ao ser ele o único beneficiário do acto ilícito que praticou”.

Resumidamente, o Réu, herdeiro legitimário em relação à herança aberta por óbito de seu pai, nos termos do art. 2133º do CC, praticou factos qualificados pela Lei Penal como crime de homicídio, num ato vil e violador das normas jurídicas, que choca a comunidade, foi declarado inimputável e absolvido do crime, tendo-lhe sido aplicada uma medida de segurança. Nestes termos, foram chamados à colação o instituto da indignidade para se aferir da sua capacidade sucessória, acabando, *a final*, por se considerar que o Réu deve ver paralisado, por abusivo e ilegítimo o direito de aceitar a herança, não pela aplicação da alínea a) do art. 2034º do CC, e no quadro da indignidade, mas por se entenderem verificados os pressupostos do abuso de direito.

As questões jurídicas

Âmbito da aplicação da alínea a) do artigo 2034º do CC

Ambas as instâncias foram chamadas a pronunciar-se sobre a aplicação desta norma ao caso concreto e em ambas a aplicação da mesma foi afastada.

Diz-nos a alínea a) que para se verificar esta causa de indignidade é condição que o herdeiro tenha sido condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso.

Ora, a lei restringiu o âmbito de aplicação desta alínea ao homicídio doloso, consumado ou tentado, e a situações de cumplicidade, excluindo os casos de homicídio em que se verifique a exclusão da ilicitude e da culpa ou em caso de inimputabilidade do agente.

A acrescer, para que seja declarada a indignidade mostra-se necessária uma prévia condenação do indigno, por sentença transitada em julgado, como

autor ou como cúmplice da prática do crime no âmbito do processo crime e da respetiva sentença penal¹⁵.

In casu, resulta provado da sentença transitada em julgado que o Réu praticou factos qualificados como crime de homicídio doloso na pessoa do seu pai e que foi declarado inimputável em virtude de padecer de doença psiquiátrica irreversível, sendo absolvido do crime, não lhe tendo sido aplicada uma pena, mas uma medida de segurança.

Daqui resulta que esta concreta factualidade não se pode subsumir ao previsto na alínea a), desde logo porque não há condenação.

Pode ler-se no aresto que “[p]erante este contexto, a situação que o processo nos apresenta – o ora Réu praticou um homicídio na pessoa do seu pai e outro na pessoa da sua própria irmã (incluindo um crime de aborto) – com uma violência que não permite qualificação distinta a brutal –, mas não foi por eles punido criminalmente, mas sim absolvido (por ter sido considerado “inimputável em razão de doença psiquiátrica irreversível que o impede de avaliar a ilicitude dos seus atos do prisma da realidade e, conseqüentemente, não lhe aplicar qualquer pena”), tem como directa consequência a exclusão da aplicabilidade da alínea a) do artigo 2034º.”

Na senda do aresto e citando Jorge Duarte Pinheiro, as “causas enumeradas no art. 2034º são as únicas que podem implicar a indignidade, por esta acarretar a aplicação de uma sanção punitiva (exclusão da sucessão devido à prática de certos factos considerados censuráveis), sujeita ao princípio da legalidade”¹⁶.

Trilhando o mesmo caminho, Cristina Pimenta Coelho, sublinha que, tendo “a indignidade a natureza de uma pena civil, sendo vista como uma sanção de carácter civil, não nos parece que possamos alargar o elenco aqui previsto. Como a regra é a da capacidade sucessória, o art. 2034º assume o carácter de norma excecional, não admitindo aplicação analógica. Não é, assim, possível, alargar o elenco das causas de indignidade”¹⁷.

¹⁵ A jurisprudência tem vindo a afastar a possibilidade da prova de factos que constituem o ilícito em ação cível, vide, por exemplo, Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de setembro de 2010, Processo nº 1280/09.ITBMTA.L1-8, relator Caetano Duarte, onde se diz que “o regime da indignidade aponta para a necessidade de condenação penal não bastando a prova dos factos que poderiam levar à condenação”, disponível para consulta na dgsi.pt.

¹⁶ *Cfr.* Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 195 e 196.

¹⁷ *Cfr.* Cristina Pimenta Coelho, *in* Código Civil Anotado – Volume II, coord. Ana Prata, Almedina, Coimbra, 2019, p. 968.

Assim, a Doutrina, tendendo para a unanimidade, tem sido pacífica em entender as causas de indignidade previstas no mencionado artigo como taxativas, sujeitas ao princípio da legalidade.

No caso em mérito, em ambas as decisões afastou-se o recurso à analogia ou uma interpretação extensiva da norma, seguindo-se este mesmo entendimento.

A aplicação do instituto do abuso do direito

Subsidiariamente, e perante a exclusão da aplicação do disposto na alínea a) do art. 2034º, ambas as instâncias pronunciaram-se pelo seu enquadramento no instituto do abuso do direito, isto é, se pode ser considerado abusivo o exercício do direito do Réu de aceitar a herança, com base no art. 334º do CC.

Dizia-nos Menezes Cordeiro, já em 2005, que “qualquer processo se sujeita, hoje, a uma sindicância do sistema feita pelo crivo do abuso do direito”¹⁸. Questionamo-nos, desde já, se essa sindicância, *in casu*, será admissível?

Diz-se no aresto que “a Ordem Jurídica, como um todo, tem mecanismos que lhe permitem evitar situações que possam ser tidas ou consideradas pela sociedade como inaceitáveis, repugnantes ou intoleráveis”.

Nessa linha, entendeu-se que para as situações limite, assim se considerando a situação dos autos, existe o instituto do abuso de direito.

Preceitua o art. 334º do CC que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Nas palavras de Menezes Cordeiro, o abuso de direito “reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos”, precisamente por serem contrários ao sistema jurídico, salientando que “o sistema, como tal, supera o somatório simples das normas que o originem”. Assim, para Menezes

¹⁸ António Menezes Cordeiro, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2005, Ano 65, Volume II, setembro 2005, disponível online em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/> [24.06.2024].

Cordeiro, a expressão “abuso do direito” poderia ser substituída pela expressão “exercício disfuncional de posições jurídicas”¹⁹.

Diz-nos Ana Prata que “independentemente, pois, do animus daquele que abusa do direito, verifica-se abuso sempre que excedidos os limites impostos pela lei ao respetivo exercício”²⁰.

Menezes Cordeiro entende que este é um instituto objetivo, ou seja, que ele “não depende de culpa do agente nem, sequer, de qualquer específico elemento subjetivo”, muito embora a existência de tais elementos possa “contribuir para a definição das consequências do abuso”.

Neste mesmo sentido, dizem-nos Pires de Lima e Antunes Varela que “[a] conceção adotada de abuso e direito é objetiva. Não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, basta que se excedam esses limites”.

Mas na mesma senda de Menezes Cordeiro, dizem-nos que tal não significa que “ao conceito de abuso do direito sejam alheios factores subjetivos, como, por exemplo, a intenção com que o titular tenha agido”, acrescentando, ainda, que “a consideração destes factores pode interessar, quer para determinar se houve ofensa da boa fé ou dos bons costumes, quer para decidir se se exorbitou do fim social ou económico do direito”²¹.

Assim, como limites ao exercício de um direito, quanto à boa fé, assinala-se frequentemente que se trata de um apelo como princípio, tendo-se assim em vista a boa fé objetiva²².

A segunda limitação reconduz-se aos bons costumes que convocam regras de moral social. Como nos diz Ana Prata, estamos perante uma cláusula geral de direito privado que remete para princípios morais sociais que devem regular o comportamento das pessoas honestas em todos os seus aspetos

¹⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, V Volume – Parte geral – Exercício jurídico, Edições Almedina, Coimbra, 2011, pp. 368 e 372.

²⁰ *Cfr.* Ana Prata, *Código Civil Anotado*, Volume I, coord. Ana Prata, Almedina, Coimbra 2019, p. 440.

²¹ *Cfr.* Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1º a 761º), 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 298.

²² *Cfr.* Tatiana Guerra de Almeida, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2024, p. 787. Com grande pertinência, ver também António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

(...)»²³. Em ambos os casos, como nos diz Pires de Lima e Antunes Varela, “há que atender de modo especial às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade”²⁴.

Por fim, o fim social ou económico do direito diz respeito a cada direito individualmente considerado, com especial incidência sobre os direitos subjetivos, numa perspetiva de que se encontram adstritos a uma certa finalidade.

Como nos diz Menezes Cordeiro, “a boa fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e económico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico – cada direito tem, ou pode ter o seu fim social e económico; os dois primeiros são gerais: a boa fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal, de cada direito em si”²⁵.

A nota típica do abuso do direito reside, por conseguinte, na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido²⁶.

A Doutrina tem vindo a categorizar²⁷ as condutas que configuram exercício abusivo do direito, embora com algumas reservas, pois como considera Pais de Vasconcelos, tratam-se de tipos “com fronteiras e limites imprecisos, fluidos e difusos”, e, em certos casos, não é claramente identificável o tipo em que deve ser enquadrada a específica situação²⁸.

Um dos tipos de abuso do direito apontados pela doutrina é o *tu quoque*, que consiste, grosso modo, no aproveitamento da situação decorrente de um ato ilícito por quem o praticou²⁹. O princípio do não aproveitamento dos seus próprios atos ilícitos constitui uma concretização do dever de honeste

²³ Ana Prata, *ob. cit.*, p. 441.

²⁴ Pires de Lima/Antunes Varela, *op. cit.*, p. 299.

²⁵ Cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 661.

²⁶ Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 300.

²⁷ Sobre esta categorização ver António Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 271 a 348. Na Jurisprudência diz-se que “O alcance do princípio do abuso do direito excede o conjunto dos grupos ou tipos de casos considerados na doutrina e na jurisprudência – como a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque* ou o *desequilíbrio no exercício jurídico* – e, por consequência, não é absolutamente necessário coordenar a situação sub *judice* a algum dos tipos enunciados”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-03-2019, Processo nº 1189/15.0T8PVZ. P1.S1, relator Nuno Pinto Oliveira, disponível para consulta na DGSJ [24.06.2024].

²⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 245.

²⁹ Sobre a fórmula *tu quoque*, ver António Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 837 a 852.

agere, que é, por sua vez, uma concretização do princípio da boa fé, no qual se enquadra o presente caso.

Perante as concretas circunstâncias do caso decidiu-se que constitui uso abusivo do direito proceder ao ato de aceitação da herança, concluindo-se que “[t]udo visto, entendemos que, perante o constatado abuso do direito de aceitar a herança, nas circunstâncias do caso presente, bastará que – linearmente – por aplicação do artigo 334º do Código Civil, seja declarado o uso ilegítimo de tal direito. Na prática, tal corresponde a fazer aquilo que a 2ª parte do nº 2 do artigo 275º, prevê (ou seja, tendo em conta que o Réu provocou a verificação da condição (morte do autor da sucessão) e disso beneficiou, aceitando a herança, como único sucessor, tem de considerar-se para si não verificada tal condição. O exercício abusivo do direito de aceitar a herança do pai que matou, será assim reconhecido, não podendo beneficiar com o património que faz parte de tal herança (com as consequências que daí terão de ser tiradas)”.

O voto de vencido

Foi apresentada declaração de voto pelo Exmo. Sr. Desembargador Paulo Ramos de Faria, afastando a unanimidade da decisão, demonstrando-se também, desta forma, a multiplicidade de entendimentos que subjazem à questão jurídica em causa.

Pela pertinência da exposição e por se concordar integralmente com a mesma, transcrevemo-la quase *in totum*.

Partindo de considerações acerca da perturbação mental da esquizofrenia, condição essa que deve balizar todo o percurso cognitivo do decisor, são apresentadas as razões de discordância em relação à decisão que fez vencimento.

Entende o Exmo. Sr. Desembargador que tendo o doente mental, durante um surto psicótico, praticado factos tipificados como crime contra pessoas da sua família nuclear, não se pode deixar de considerar que, também ele, é uma vítima desta atuação.

Considera que o doente mental é várias vezes “castigado” em virtude da sua doença, e fazendo vencimento a posição sufragada na sentença

impugnada, será, ainda, “castigado” com a segura indignação em que cairá. Tudo isto, apenas e só, porque, como diz, teve o infortúnio de padecer de uma doença mental grave e crónica.

Conforme resulta do acórdão penal “ficou demonstrado que, à data e no momento da prática dos factos, o arguido laborava sobre um estado de coisas que não correspondia à realidade, alucinando que o pai e a irmã corporizavam o mal, lhe queriam fazer mal e que tinha de deles defender-se”. E concluiu-se em tal acórdão que “o arguido deve ser declarado inimputável por referência ao objeto do processo”, nos termos previstos no nº 1 do art. 20º do CP.

Assim, considera não estar em causa o previsto no nº 4 do art. 20º do CP, e a inimputabilidade impede a responsabilização civil do doente mental (art. 483º, nº 2, do CC), exceto nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade sem culpa – cfr., por exemplo, o art. 489º do CC, pelo que não pode, em caso algum, ser a sujeição do Réu a uma medida de segurança equiparada ao caso previsto na al. a) do art. 2034º do CC.

Na posição que fez vencimento, foi afastado o enquadramento do caso na al. a) do art. 2034º do Cód. Civil, por a mesma não consentir uma aplicação por analogia (analogia legis), – decisão que acompanha no voto de vencido –, por entender não existir analogia possível. No caso previsto na al. a) do art. 2034º do CC existe um agressor (o filho) e uma vítima (o pai). No caso dos autos, filho e pai são vítimas da doença do primeiro.

No entanto, uma vez afastado o enquadramento do caso na al. a) do art. 2034º do CC, no passo seguinte, foi maioritariamente entendido que o réu exerceu abusivamente o direito de aceitar a herança de seu pai.

“Esta solução merece sérias reservas, dela resultando uma infundada pena de deserção judicial. Por um lado, assenta sempre e só, nos factos praticados pelo réu quando se encontrava afetado por um surto psicótico. É inegável que o direito à herança é recusado ao réu porque praticou factos num estado de delírio psicótico, que não pôde controlar e essa negação surge como uma pena civil, como se o réu tivesse querido, em estado de lucidez, praticar os atos que praticou.

Considerar o exercício abusivo do direito mais não é do que transformar em regra aquilo que a lei não quis consagrar como tal: a prática pelo inimputável dos factos previstos na al. a) do art. 2034º do CC como

fundamento de indignidade sucessória. Se o réu, por ter morto o pai durante um surto psicótico, não pode exercer o seu direito à herança, então em caso algum um filho que mata o pai em estado de inimizabilidade o poderá fazer, chegando-se ao resultado que, recusando-se uma analogia legis, se negou inicialmente: o afastamento do filho da vocação sucessória (agora através de uma verdadeira analogia iuris).

A medida de segurança imposta a um arguido por ter morto o pai em contexto de doença mental acaba, na prática, invariavelmente por envolver, como efeito necessário, a perda do direito civil à herança, em aberto conflito com o disposto no n.º 1 do art. 65.º do Cód. Penal e indo mesmo além do disposto no art. 69.º-A do Cód. Penal – que apenas se refere a penas, e não a medidas de segurança.

Sob a aceção do abuso de direito, afigura-se apodítico que o réu exerce o seu direito à herança, em si mesmo considerado, nos mesmos termos e limites que qualquer outro herdeiro exerce igual direito. Não se vê, pois, que tenham sido excedidos os limites impostos pelo fim social ou económico desse direito.

Quanto aos restantes fundamentos do instituto, é própria penalização do doente mental que se pode constituir como “clamorosamente ofensiva da justiça” [Manuel de Andrade] e como “uma afronta ao sentimento jurídico dominante” [Vaz Serra] – sentimento este a extrair dos princípios que informam o sistema jurídico. Entre estes princípios, destacam-se a proteção dos mais fracos (isto é, dos mais carecidos de proteção) e o respeito pela dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Cons. Rep. Port.).

Estamos seguros de que, se o réu tivesse morto o seu pai em resultado de uma afetação física – por exemplo, um ataque epilético ou um estado cegueira momentânea –, a solução dada ao caso pelo tribunal *a quo* seria diferente, por a morte não decorrer da sua vontade (lúcida). Aliás, ainda que o réu tivesse pleno controlo da sua vontade e das suas ações, não lhe seria aplicada esta pena civil, se a sua conduta apenas revelasse culpa grave (negligência grosseira), e não dolo.

Responsabilizar o doente mental pela sua doença, sem nenhuma base factual que revele que esta foi provocada pelo próprio, representa um desrespeito pela sua dignidade humana (art. 1.º da Cons. Rep. Port.), cunhando-o com características de personalidade altamente censuráveis num indivíduo com capacidade de autodeterminação. Quando a doença domina o doente,

levando-o a cometer um crime contra quem lhe é mais próximo, “[e]ncontramo-nos então, subitamente, na presença de um acto verdadeiramente estranho e que tanto nos surpreende pela fria crueldade que revela como pela ausência total de motivos penetráveis e acessíveis à nossa compreensão” [Sobral Cid]. Na procura desta compreensão e da reposição da tranquilizadora ordem social, buscamos uma explicação extraída de quadros de referências que a nossa razão alcança, a qual nos leva, inevitavelmente, a condenar a doente pela sua doença. No entanto, “[h] á que renunciar a explicar estes crimes – como a tudo que é tipicamente esquizofrénico – pelo fogo natural dos afectos e das tendências humanas” [Sobral Cid].

O doente mental e a sua doença não estão do mesmo lado. A doença ataca e está contra o doente. Respeitar a “loucura”, imputando as suas manifestações à vontade do doente mental, é desrespeitar a pessoa vítima da doença.

A invocação da norma enunciada na segunda parte do nº 2 do art. 275º do CC inscreve-se na analogia iuris já acima referida, de tão remota que é a sua proveniência – saltando-se do Livro V do Cód. Civil (da secção dedicada à capacidade sucessória) para o Livro I (para a secção dedicada à declaração negocial). O facto futuro e certo da morte, no contexto da vocação sucessória, nada tem a ver com a estipulada subordinação dos efeitos do negócio jurídico a um acontecimento futuro e incerto, estipulação esta, sim, objeto da referida norma. Procura-se, pois, estabelecer um paralelismo (analogia) entre o fundamento daquela solução legal, conjugados com outras soluções legais (al. a) do art. 2034º do CC), e o fundamento da decisão encontrada para o caso.

Não julgamos que exista analogia bastante. Para afastarmos o argumento, parece-nos ser suficiente repisar que o réu atuou no contexto de um surto psicótico, não resultando dos factos provados que tenha agido com o propósito (consciente) de provocar a verificação da “condição” com vista à aquisição da herança”.

Por todas estas razões, entende que a apelação deveria ter sido julgada procedente.

O nosso humilde contributo para o dissenso jurídico

O caso em análise despoletou o nosso interesse jurídico pela sua concreta situação fáctica que *prima facie* parece redundar numa acertada decisão judicial.

Numa perspetiva sensacionalista (e de cidadão comum) que se focará exclusivamente no “crime hediondo cometido”, dir-se-á, sem margem para questionamento, que é um abuso ser “herdeiro” de quem se causou a morte.

Numa primeira leitura do acórdão, que muito bem fundamentado e sustentado em extensa doutrina e jurisprudência, compreendemos o *íter* decisório do julgador. Contudo, sob o nosso ponto de vista, a pedra de toque, o fator decisivo a ter em consideração é a questão da inimputabilidade do Réu, que se viu completamente arredada pela conceção objetiva do abuso do direito, sem mais, e que nos veio a suscitar dúvidas sobre a justiça da decisão.

Diz-nos Montesquieu, no “Espírito das Leis”, que sustentar os filhos é uma obrigação do direito natural; dar-lhes sucessão é obrigação do direito civil ou político”. E, em boa verdade, o nosso Direito Civil “deu sucessão” ao Réu, quer ao considerá-lo sucessível atenta a classe de sucessíveis (é filho e, por isso, herdeiro legitimário), quer ao atribuir-lhe capacidade sucessória, afastando os factos por si perpetrados da indignidade sucessória que, outrossim, viria a afastá-lo da sucessão. No campo da normatividade expressa do ramo das Sucessões, o Réu não viu nenhuma limitação ao exercício do direito de aceitar a herança de seu pai.

Considerando a declaração de inimputabilidade e inexistindo condenação penal bem decidiram as instâncias ao afastar o enquadramento do caso da alínea a) do art. 2034º do CC, que taxativamente enumera as causas de indignidade, não consentindo a analogia legis. Parece-nos consensual que a alínea a) restringe o seu campo de aplicação às situações de condenação penal, ou seja, a situações de imputabilidade.

Catalogando o caso dos autos como uma situação extrema, passou-se para a sua análise em termos de se considerar que o réu exerceu abusivamente a vocação sucessória e o direito de aceitar a herança.

Ora, a figura do abuso do direito no ramo das Sucessões tem-se revelado de diminuta aplicação, quer na Doutrina, quer na Jurisprudência.

In casu, decidiu-se paralisar o direito de suceder por se considerar que o seu exercício resulta numa manifesta violação dos limites que lhe são impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico do direito.

Na verdade, entendemos que este mecanismo foi utilizado como meio de suprir as eventuais insuficiências do instituto da indignidade, ou seja, recorreu-se ao abuso de direito, como um mecanismo de controlo, para além do primeiro crivo (que é o da normatividade expressa) e tudo isto à luz da construção dogmática do abuso de direito merece-nos algumas reticências e considerações.

Primeiro porque consideramos que o legislador afastou deliberada e expressamente os declarados inimputáveis da previsão da alínea a), não existindo neste concreto caso qualquer insuficiência que justifique o recurso ao abuso de direito. Há uma intencionalidade expressa do legislador em que assim o seja.

A taxatividade configura, desta forma, uma limitação à exclusão e o legislador, deliberadamente, previu excluir do âmbito de aplicação deste normativo os casos, como o presente, em que não há condenação, mas sim absolvição do crime, em virtude da declaração de inimputabilidade. Ademais, é uma norma que reveste carácter excepcional, de carácter punitivo e, portanto, sujeita ao princípio da legalidade.

Na nossa jurisprudência, configuram casos paradigmáticos da aplicação deste instituto as situações tratadas no acórdão do STJ, de 07/01/2010³⁰, em que foi relator Pires da Rosa, aliás, acórdão esse citado no presente caso, quer pela primeira instância, quer pelo Tribunal da Relação, e o acórdão do STJ, de 07-03-2016³¹, em que foi relator João Trindade. No primeiro caso, decidiu-se paralisar o direito do réu aceitar a herança da sua filha com base

³⁰ Acórdão do STJ, de 07/01/2010, Processo 104/07.9TBAMR.S1 em que foi relator Pires da Rosa: A importância da decisão reside no facto de, não colocando em causa essa taxatividade, ter sido afastado um sucessível com fundamento em factos não enquadráveis em qualquer das causas enunciadas. Jorge Duarte Pinheiro comenta, a este propósito e referindo-se ao abuso de direito, que: “há mecanismos que dispensam a identificação de causas de indignidade à margem do enunciado constante do artigo 2034º”, reconhecendo as insuficiências do elenco fixado pelo normativo e a possibilidade de estas serem supridas por outros meios; [27.06.2024].

³¹ Acórdão do STJ, de 07-03-2016, em que foi relator João Trindade no âmbito do qual o coletivo decidiu não se verificarem os pressupostos do abuso do direito no caso concreto, em que a autora pretendia o estabelecimento da filiação relativamente ao réu, com fins meramente patrimoniais (incluindo de designação sucessória), conforme parece resultar do seu comportamento expresso, depois de não ter exercido o seu direito de ação durante décadas; [27.06.2024].

no instituto do abuso de direito. O Réu havia sido condenado por crime de violação na pessoa da referida filha. Neste caso, há imputabilidade penal do agente e, por conseguinte, uma efetiva condenação penal. Não há, nem pode haver, uma mimetização da argumentação e da solução prática adotada, considerando que os casos são substancialmente distintos, primordialmente, como já dissemos, pela tónica da imputabilidade/inimputabilidade que deve moldar, em toda a linha, a decisão.

Poder-se-á considerar a aplicação do abuso do direito a situações em que há condenação do sucessível por crimes dolosos praticados contra o autor da sucessão, por exemplo, contra a liberdade e autodeterminação sexual? Entendemos que sim e é esse efetivamente o caso do acórdão do STJ, de 07-01-2010, embora não haja previsão legal no âmbito do instituto da indignidade, mas aí efetivamente existe uma insuficiência. Verificou-se a prática de um crime doloso e há uma efetiva condenação penal. Mas há uma considerável diferença entre ambos os casos e que reside no que *supra* se referiu, a inimputabilidade, a prática dos factos durante um surto psicótico, despoletado por uma doença mental, a absolvição do crime e a clara intenção do legislador em afastar os inimputáveis desta previsão normativa. Se fosse intenção do legislador afastar o inimputável que pratica factos qualificados como crime pela lei penal da sucessão tê-la-ia tipificado.

Como se pode ler no aresto: “[p]erante toda a panóplia de pronunciamentos sobre a questão que nos ocupa, cremos que o esforço para tentar ir além dos casos previstos no artigo 2034º, sendo tentador para superar as insuficiências da lei e adaptá-la a realidades que até nela podiam caber com propósito, esbarra na excepcionalidade da norma que consagra as situações de indignidade e numa reacção que não permite tomá-las como exemplificativas (mesmo que exemplos-padrão fossem), nada autorizando que se faça uma forçada leitura da norma, para nela se incluir:

- exactamente o contrário do que nela se escreve (uma condenação, nunca poderia ser análoga a uma absolvição);
- ou o que nela se pretendeu excluir (um homicídio negligente – ainda que a título de negligência grosseira – teria sempre de estar excluído de cogitação).

Ou seja, temos de entender o elenco de situações previstas no artigo 2034^o, alínea a), como taxativo e, como tal, concluir que o ora Réu não pode ser considerado indigno, à face de tal norma, por não ter sido condenado pelo homicídio doloso do seu pai e irmã, ao ser julgado inimputável”.

Aqui chegados, poder-se-á equacionar a aplicação do instituto do abuso de direito quando o legislador prevê uma norma específica e os factos em apreço não quadram nessa normatividade? Mais uma vez entendemos que não.

Ademais, escalpelizando os factos, parece-nos que nunca se poderá dizer que o Réu quis provocar a condição, porque o Réu quando praticou os factos

- quando tirou de forma bárbara e macabra a vida ao pai e à irmã-, não tinha consciência dos seus atos, não sabia o que era o certo e o errado, o bem e o mal, o mundo real ou o mundo paralelo, o que o impedia de avaliar a ilicitude dos seus atos, tendo sido afastada a sua culpabilidade. O Réu não praticou os factos movido por uma expectativa sucessória, com o intuito de receber uma herança. Como se diz na declaração de voto, a decisão de considerar que o Réu exerceu abusivamente o direito de aceitar a herança de seu pai “assenta, sempre e só, nos factos praticados quando se encontrava afetado por um surto psicótico, causado pela doença mental de que padece” e “esta negação surge como uma pena civil, como se o réu tivesse querido, em estado de lucidez, praticar os atos que praticou”.

“Para que alguém, ao abrigo do disposto no art.º 20.º n.º 1, do C.P., seja declarado como inimputável torna-se necessário que se apure que o mesmo é portador de uma anomalia psíquica (elemento bio-psicológico) e que, por força dela, o mesmo se mostre incapaz, no momento a que respeitam os factos, de avaliar a ilicitude dos mesmos ou de se determinar de acordo com essa avaliação (elemento normativo), havendo assim a destruição da conexão objectiva do sentido do comportamento do agente, de tal modo que o seu comportamento pode ser causalmente explicado, mas não pode ser espiritualmente compreendido e imputado à personalidade do mesmo”³².

³² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 327/10.3PGVNG.P1, de 10-07-2013, relator Maria Leonor Esteves, disponível em dgsi.pt [28.06.02024]

Portanto, poderemos considerar que é atentatório da boa fé, dos bons costumes e do fim social e económico o direito do Réu a suceder? Perante um quadro normativo que tipifica as causas de indignidade e, ademais, numa ordem jurídica que, seguindo diretrizes comunitárias, protege os indivíduos que padecem de alguma incapacidade (aqui no sentido da capacidade jurídica), por exemplo, mediante a aplicação de medidas de acompanhamento, no âmbito de um processo de acompanhamento de maior? Questionamo-nos se ao Réu já tivessem sido aplicadas medidas de acompanhamento, estaríamos, ainda assim, a considerar o abuso de direito? Aliás, neste caso pode mesmo suceder que venha a ser intentada uma ação de acompanhamento de maior, dando-se o caso de se fixar o início da incapacidade em data anterior ao cometimento do crime. Sob este prisma, colocam-se algumas reservas quanto à compatibilização com o princípio da igualdade. Lê-se no aresto “em qualquer caso a doença em causa se não o pode prejudicar, também o não pode beneficiar (muito menos fazendo sentido falar em quaisquer putativas discriminações, desde logo porque não tem quaisquer limitações à sua capacidade)”. Não existem, mas podem vir a existir e efetivamente colocam-se-nos algumas dúvidas na sua correlação com o princípio da não discriminação.

Tratar o imputável e o inimputável sob o prisma do abuso do direito, em igualdade de circunstâncias, não consubstanciará também um abuso? Não oblitera que embora a conceção adotada de abuso do direito seja objetiva, a ela não são alheios fatores subjetivos?

O abuso do direito tem sido entendido como uma “válvula de escape” dizendo-nos a Jurisprudência a propósito deste instituto, que “o excesso cometido deve ser manifesto; os tribunais só podem fiscalizar a moralidade dos actos praticados no exercício de direitos ou a sua conformidade com as razões sociais ou económicas que os legitimam, se houver manifesto abuso. O julgador deve aplicar o regime do abuso de direito com as cautelas devidas a um instrumento jurídico de rara utilização, que funciona como uma válvula de escape do sistema, quando todos os mecanismos de equilíbrio que o compõem falharem; como instrumento a usar por excepção, a figura do abuso de direito deve apenas ser aplicada nos casos concretos em que a aplicação seca desse direito conduz a um resultado manifestamente injusto,

embora em abstracto seja o regime legal mais adequado para a maior parte das situações que visa regular³³.

Olhando para aos dados fácticos e jurídicos do problema, sobretudo segundo a conceção em que o exercício de um direito só poderá haver-se por abusivo quando exceda manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico do direito, ou seja, quando esse direito seja exercido em termos gritantemente ofensivos da justiça ou do sentimento jurídico socialmente dominante, estão, aqui, verdadeiramente, reunidos todos esses exigentes e intensos requisitos bem sabendo nós que o legislador a *montante* criou uma norma expressa que já em abstrato ponderou os interesses a salvaguardar em casos em tudo semelhantes ao aqui retratado, optando por não fazer operar a indignidade? Salvo melhor opinião, parece-nos que não.

Como já aflorado supra, a conceção adotada de *abuso do direito* é a *objetiva*. Não é necessária a *consciência* de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito; basta que se excedam esses limites.

Isto não significa, no entanto, que ao conceito de abuso do direito consagrado no artigo 334º sejam alheios fatores *subjetivos*, como, por exemplo, a intenção com que o titular tenha agido³⁴. A consideração destes fatores pode interessar, quer para determinar se houve ofensa da boa fé ou dos bons costumes, quer para decidir se se exorbitou do fim social ou económico do direito. Exige-se que o excesso cometido seja manifesto.

Ora, e aplicando os ensinamentos acabados de verter ao caso *sub judice*, quanto a nós, parecem existir razões suficientemente claras e relevantes para não se fazer operar a solução do abuso do direito, enquanto cláusula aberta, aplicável apenas em casos extremos, sob pena de se deixar entrar pela janela aquilo que o legislador não quis deixar entrar pela porta, ou seja, e na prática, o surgimento de uma nova causa de indignidade sucessória travestida de abuso do direito. As possíveis melhores soluções de *jure condendo* não permitem o intérprete/aplicador substituir-se ao legislador.

³³ *Cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-10-2009, Processo nº 10537/08-8, relator Bruto da Costa, disponível para consulta em dgsi.pt [24.06.2024].

³⁴ *Cfr.*, entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo: 2650/22.5T8ACB.C1, Relator Luís Cravo, datado de 09-04-2024, disponível para consulta na dgsi.pt [24.06.2024]

Ainda que tenha ficado demonstrado que a atuação do réu, foi a causa direta e necessária da morte do seu progenitor e que agiu com o propósito concretizado de tirar a vida a este, sabedor que tal conduta lhe era vedada por lei (estamos aqui na presença de uma explicação meramente causal e sobretudo perante a tradução para os factos provados de uma fórmula tabelar tipicamente penal), bem vistas as coisas, e tal como o Tribunal da Relação teve a necessidade de o dizer “isto não significa, em conformidade com os fundamentos para a inimputabilidade penal, que, no momento em que os factos ocorreram, o arguido estivesse capaz de entender ou querer que estava a matar o pai e a irmã. O arguido quis tirar a vida àquelas pessoas, mas estava incapacitado de o entender e querer”³⁵.

As idiosincrasias do caso concreto, deste caso concreto, máxime o facto do aqui réu não estar capacitado para entender e querer os atos praticados, acaba por ser o elemento determinante para, primeiro, não se poder falar num típico caso de “sabotagem” da condição, depois, para fazer operar o instituto do abuso do direito, face às matizes subjetivas que o mesmo acaba sempre por incorporar.

Como nos ensina Agostinho Guedes, “quando temos de aplicar cláusulas gerais (...) haverá situações em que a resposta, positiva ou negativa, surge com clareza; porém, como nenhum destes conceitos tem limites perfeitamente definidos, é possível que o julgador se encontre perante situações em que seja muito difícil determinar se o caso enquadra dentro ou fora do âmbito de aplicação do conceito e, conseqüentemente, da norma, e é justamente nestas situações que a decisão será eminentemente subjetiva (...)”

“Haverá situações em que não é possível determinar qual é a solução mais correta à luz da ideia de justiça traduzida na norma aplicável. (...) ora., se não é possível determinar sempre «a» decisão correta, então uma eventual apreciação crítica da mesma terá de incidir sobre a sua justificação, importando verificar, então, se esta assentou em argumentos estritamente jurídicos relevantes para o caso, se os mesmos foram usados até onde foi possível e se todos os argumentos foram considerados”³⁶.

³⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 410/20.7GDTV.D.L1, Relator Paulo Barreto, 19.09.2022.

³⁶ Cfr. António Agostinho Guedes, *Estudos sobre a decisão judicial – Coordenadas da decisão judicial em direito privado*, Universidade Católica Editora, Lisboa, maio 2024, pp. 128 e 129.

Da leitura do acórdão, resulta evidente que o Exmo. Senhor Desembargador cumpriu de forma exímia o dever de fundamentação que lhe era exigido, nos termos do art. 607º do CPC, que culminou numa decisão perfeitamente inteligível e fundamentada. Ainda assim, conforme resulta da nossa exposição e do já declarado *supra*, tendemos a subscrever, por ora, a declaração de voto.

Para concluir, como bem disse o Conselheiro Salazar Casanova, que resume de forma sistematizada, ainda que com as devidas adaptações ao caso, aquilo que consideramos: “[c]reio, no entanto, que a atribuição do estatuto sucessório se funda na atribuição por lei de determinadas classes de sucessíveis que são chamados pela ordem imperativamente fixada (artigos 2132º e 2133º do Código Civil), não sendo admissível a introdução *contra legem* de restrições à plena capacidade sucessória salvo as que decorrem do motivo de indignidade (artigo 2034º do Código Civil). Com efeito, dizer-se que alguém é herdeiro legítimo inserido numa determinada classe de sucessíveis e, depois, retirar-lhe capacidade sucessória que a lei confere a “todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura sucessão, não exceptuadas por lei” (artigo 2033º, nº 1, do Código Civil) por via do reconhecimento de uma causa de indignidade (...), utilizando-se a via do abuso do direito (artigo 334º do Código Civil), não se me afigura aceitável”³⁷.

Feito um breve excursão inicial de índole teórica e, posteriormente, analisados os concretos dissensos do acórdão (e dissensos jurídicos *lato sensu*), reiteramos o já dito: não há uma resposta fácil e linear, atendendo às várias perspetivas a considerar, sendo certo que muito mais haveria a discorrer sobre a temática.

Encontrando-se pendente recurso de revista desta decisão para o Supremo Tribunal de Justiça, aguardamos com expectativa a decisão dos Exmos. Senhores Juízes Conselheiros.

³⁷ Declaração de voto do Exmo. Conselheiro Salazar Casanova no âmbito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no Processo Nº 187/09.7TBPFR.P1. S1, 6ª secção, de 09-04-2023.

O FENÓMENO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL EM PORTUGAL E AS REFORMAS À LEI TUTELAR EDUCATIVA

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.4>

Hélder Ferreira

O aumento do fenómeno e a sua origem

De acordo com o último relatório anual de segurança interna foi possível verificar o aumento significativo da delinquência juvenil¹. Naquele documento verifica-se um aumento de ocorrências na ordem dos 8,7%, num total de 1.833 participações, número mais elevado desde 2017. Os agentes, segundo o RASI, são jovens com idades compreendidas entre os 15 e 25 anos de idade, sendo este fenómeno mais assinalável na Área Metropolitana de Lisboa². Porém, os processos tutelares educativos não foram indiferentes a este fenómeno e também verificaram um aumento de 738 inquéritos iniciados face ao ano de 2022³.

Segundo os dados fornecidos pela DGRSP, em 15 de abril de 2023 verificou-se que após ter havido um período de contínua descida de jovens internados em centros educativos (2018 a 2021), a partir de outubro de 2021 registou-se um aumento gradual, acrescentando a Direção-Geral, que existe uma tendência de aumento do número de jovens das situações num curto prazo.

¹ A delinquência juvenil representa a prática, por um sujeito com idade compreendida entre 12 e 16 anos, de um facto qualificado como crime, nos termos da Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166/99, de 14 de setembro, alterada pela Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro).

² Relatório Anual de Segurança Interna 2023, pp. 46 e 47.

³ *Ibidem*.

Em face do aumento dos casos de violência juvenil, especialmente em ambientes escolares e digitais pós-pandemia, é essencial que as entidades envolvidas no sistema de justiça juvenil, como a DGRSP, ONG, Ministério Público e Tribunais, se concentrem na melhoria do procedimento tutelar educativo.

Nesse seguimento, o ministério da justiça está a equacionar mudanças à Lei Tutelar Educativa. Para isso, criou um grupo de trabalho, para a revisão da legislação em matéria tutelar educativa tendo em conta “(...)a evolução dos contextos sociofamiliares, a par do perfil dos menores e jovens abrangidos pelas leis em vigor, importa levar a cabo alterações legislativas que contribuam para o aperfeiçoamento do sistema”⁴.

De forma a entender e a combater esta realidade, foi, ainda, criada a Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta (CAIDJCV)⁵ que elaborou dois relatórios intercalares acerca da delinquência juvenil: o primeiro entre junho e outubro de 2022 e o segundo entre novembro de 2022 e julho de 2023. Esta entidade assume um cariz multidisciplinar que, após consultar diversos especialistas, parceiros institucionais e a comunidade em geral, faria uma análise abrangente e integrada da criminalidade violenta, especialmente aquela que envolve jovens, e elaboraria recomendações subsequentes.

Esta Comissão foi criada com várias finalidades, entre elas⁶: descrever de forma detalhada e integrada a atual realidade da delinquência juvenil e da criminalidade violenta, permitindo uma análise sobre sua gravidade e novos métodos operacionais emergentes; identificar áreas geográficas, contextos e grupos populacionais que necessitam de atenção especial; prever as principais tendências internacionais em criminalidade violenta, bem como suas especificidades e as respostas/estratégias adotadas; e produzir recomendações para promover a segurança, reduzir a delinquência juvenil e a criminalidade violenta, além de sugerir metodologias para uma análise contínua dessa criminalidade.

⁴ Ponderando as recomendações da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, bem como as conclusões do grupo de trabalho para promover a conceção e a aplicação generalizada de um modelo uniforme de avaliação do perigo e o aperfeiçoamento do sistema de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, bem como as recomendações intercalares Comissão de Análise Integrada da Delinquência Juvenil e da Criminalidade Violenta, foi criado por via do despacho 10864/2023, de 25 de outubro de 2023 um grupo de trabalho com vista à revisão da legislação em matéria tutelar educativa.

⁵ Criada por via do despacho nº 7870-A/2022 de 27 de junho de 2022.

⁶ 1º relatório intercalar, p. 3.

Esta comissão apontou alguns fatores responsáveis pelo aumento da violência, tais como⁷: a maior utilização de armas de fogo e armas brancas; aumento de crimes violentos praticados no contexto da atividade grupal/gangue (roubos e homicídios), designadamente em algumas zonas urbanas; maior precocidade no contexto dos processos tutelares educativos; surgimento de situações de violência extrema e “gratuita” entre outros fatores. Além destes, também é notório que uma grande parte dos jovens com uma medida de proteção não suscita necessidade de intervenção da justiça juvenil. No entanto, 2 em cada 3 jovens referenciados à justiça juvenil sofreu abuso(s), maus-tratos e/ou negligência grave – tornando evidentes as vulnerabilidades sociais pré-existent⁸. Também foi apurado que um jovem quando termina a medida de internamento e o processo tutelar educativo é encerrado, a DGRSP deixa de ter legitimidade para continuar a acompanhar, levando que a maior parte regresse ao seu meio natural e aí esteja perante as condições que mantinha anteriormente⁹.

Mais tarde, para a elaboração do segundo relatório intercalar a CAIDJCV, concluiu-se que era essencial ouvir diretamente os jovens que estão em contato com o Sistema de Justiça Juvenil, especialmente aqueles que estão internados em Centros Educativos. Além disso, devido à importância da família e sua perspectiva sobre os trajetos e processos dos jovens, decidiu-se também envolver os familiares mais próximos nesse processo de consulta. O objetivo principal foi obter as percepções desses jovens e das suas famílias, garantindo que aspetos fundamentais considerados pela CAIDJCV fossem efetivamente ouvidos, e permitisse assim à Comissão formular melhores recomendações. As entrevistas aos jovens versaram sobre contexto sociofamiliar; contexto escolar; contexto do desvio (envolvendo também o consumo de consumos e tráfico de substâncias aditivas); contexto vivencial em centro educativo; contexto de intervenção em saúde mental; contexto de respostas institucionais (CPCJ e casas de acolhimento); projetos de vida pós centro educativo. Por sua vez, nas entrevistas aos familiares foram questionadas as seguintes temáticas: relação parental; intervenção institucional; perspectivas de

⁷ 1º Relatório Intercalar, p. 6.

⁸ 1º Relatório Intercalar, p. 11.

⁹ *Ibidem*.

intervenção junto da família; escolas; comportamentos desviantes e saúde mental. Embora dessa análise fosse possível retirar imensas conclusões, vamos aqui salientar apenas algumas, tais como: programas que promovam a resiliência e fortaleçam habilidades sociais, criando um ambiente seguro e saudável para crianças e jovens por meio da construção de redes efetivas de suporte social; programas educativos sobre uso e consumo de drogas e promoção de competências sociais, visando reduzir a delinquência juvenil relacionada ao uso de substâncias; programas de mediação e resolução de conflitos, ajudando crianças e jovens a lidar com disputas e problemas interpessoais sem recorrer à violência ou comportamentos delinquentes, inclusive em ambientes digitais; oferta de oportunidades educacionais e de emprego diversificadas para jovens; programas de sensibilização e formação para pais, cuidadores, professores e profissionais que trabalham com crianças e jovens, fornecendo conhecimento sobre como identificar situações de risco e delinquência e oferecendo suporte para a intervenção na sua prevenção, entre outras.

Feita a análise dos fatores proporcionadores do aumento da delinquência juvenil em Portugal e das possíveis soluções que lhe poderão surgir, vamos de seguida partir para análise do regime jurídico da intervenção tutelar educativa em Portugal para mais tarde estabelecermos um paralelismo com algumas das sugestões apresentadas à reforma da LTE.

A intervenção tutelar educativa é exclusivamente judicial e ocorre no âmbito do processo tutelar educativo, conduzido pelo Tribunal de Família e Crianças. Esta intervenção está regulada pela Lei nº 166/99, de 14 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro, e aplica-se a jovens entre 12 e 16 anos que cometem atos considerados crimes pela lei penal.

Existem duas principais razões para a intervenção tutelar educativa: primeiro, porque é dever do Estado proteger a infância e a juventude, garantindo um crescimento harmonioso e socialmente responsável; segundo, porque cabe ao Estado assegurar a paz social e proteger os bens jurídicos essenciais da comunidade¹⁰.

¹⁰ O Estado nos termos do nº 2 do artigo 70º da Constituição da República Portuguesa assume como objetivo prioritário relativamente à juventude “o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efetiva integração na vida ativa (...) e o sentido de serviço à comunidade.”

A intervenção tutelar educativa deve ser guiada pelos princípios da educação, do superior interesse do jovem, da responsabilização, do consenso e da intervenção mínima. Em essência, a intervenção deve sempre orientar-se pela educação do jovem para o direito¹¹, ajudando-o a internalizar os valores fundamentais da ordem jurídica. Este é o Princípio da Educação, conforme estipulado nos artigos 2º e 7º da Lei Tutelar Educativa (LTE).

Para além da finalidade do procedimento tutelar educativo, referida anteriormente, a intervenção tutelar educativa contribui para o desenvolvimento físico, intelectual e moral desses jovens, ajudando-os a enfrentar o futuro com confiança e cidadania, além de prevenir a reincidência e a criminalidade, promovendo uma sociedade mais justa e solidária.

O Princípio do Superior Interesse do jovem deve, igualmente, orientar a resposta estatal ao comportamento transgressor do jovem, como indicado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (artigo 3º, nº 1) e no artigo 6º da LTE. O Princípio da Responsabilização está intimamente ligado ao da educação, exigindo que o jovem seja responsabilizado por seus atos, o que implica avaliar sua personalidade durante o processo tutelar.

O Princípio do Consenso também é crucial na escolha da medida a ser aplicada, buscando a maior concordância possível entre o jovem e seus pais ou representantes legais, conforme o artigo 6º da LTE. Por fim, o Princípio da Intervenção Mínima recomenda o uso de mecanismos que garantam os direitos de liberdade e autodeterminação do jovem, intervindo de forma a minimizar a restrição desses direitos (artigo 6º da LTE e artigo 18º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa).

A intervenção tutelar educativa inicia-se com a denúncia ou notificação dos fatos ao Ministério Público (MP), podendo, também, ser feita por qualquer pessoa. No entanto, é obrigatória para autoridades policiais, funcionários, diretores de escolas, comissões de proteção de crianças e jovens, casas de acolhimento e centros educativos. Após receber a denúncia, o MP inicia o processo tutelar educativo, que se divide em duas fases. A fase não jurisdicional, o MP, com competência em assuntos de Família e Crianças,

¹¹ Ponto 14 da Exposição de Motivos – Proposta de Lei nº 266/VI, p. 10.

investiga para confirmar a ocorrência de um ato qualificado como crime e verifica se há necessidade de educação do menor para o direito¹².

A fase jurisdicional é conduzida pelo Juiz do Tribunal de Família e Menores e começa após o MP solicitar a aplicação de uma medida tutelar educativa ao jovem, visando sua educação para o direito e integração digna na comunidade. O MP pode também pedir ao juiz que archive o processo sem aplicar qualquer medida, se não houver necessidade de educação para o direito, mesmo que o ato cometido seja um crime grave.

O juiz pode tomar a mesma decisão se constatar que não há necessidades educativas do jovem, pois a aplicação de uma medida tutelar depende da existência dessas necessidades. A intervenção cessa assim que as necessidades educativas não existirem mais, independentemente do prazo de cumprimento da medida.

Na escolha da medida tutelar, o tribunal prioriza, entre as medidas adequadas e suficientes, aquela que represente a menor intervenção na autonomia do jovem e que tenha maior probabilidade de obter sua adesão e a de seus pais, representante legal ou pessoa responsável por sua guarda¹³.

Neste contexto, o Tribunal deve priorizar a aplicação de medidas não institucionais. Contudo, a escolha da medida tutelar adequada deve sempre focar-se no melhor interesse do jovem¹⁴. Isso significa selecionar a medida que, no momento de sua aplicação, promova de forma mais eficaz e suficiente a socialização e educação do jovem para os valores fundamentais da comunidade.

A medida tutelar educativa não pretende punir o jovem pelo ato criminoso, mas sim educá-lo, responsabilizá-lo e socializá-lo, promovendo uma consciência social que favoreça seu desenvolvimento integral e cidadania plena.

As necessidades educativas para o direito são avaliadas através de relatórios sociais, preparados pelas equipas da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP). Esses relatórios analisam a personalidade do

¹² Rodrigues, Anabela. Duarte-Fonseca, António. Comentário da Lei Tutelar Educativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 154.

¹³ Conforme artº 6º, nº 1, LTE.

¹⁴ Conforme art. 6º nº 5, LTE.

jovem, incluindo seu comportamento e sua inserção socioeconômica, educativa e familiar¹⁵.

As medidas tutelares educativas previstas na Lei Tutelar Educativa, que podem ser aplicadas pelo Tribunal de Família e Crianças a jovens que cometem crimes, são as seguintes¹⁶: a admoestação; a privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores; a reparação ao ofendido; a realização de prestações econômicas ou de tarefas a favor da comunidade; a imposição de regras de conduta; a imposição de obrigações; a frequência de programas formativos; o acompanhamento educativo e por fim, o internamento em centro educativo.

O internamento em centro educativo e a figura do Gestor de Caso ou Técnico de Referência, integrado numa equipa multidisciplinar

O internamento em centro educativo, e que destacamos para o nosso estudo, é apontado com tema de destaque para uma das reformas apontadas à Lei Tutelar Educativa¹⁷. Esta medida tem como objetivo afastar temporariamente o jovem do seu meio habitual, utilizando programas e métodos pedagógicos para ajudar o menor a interiorizar valores compatíveis com a lei e adquirir recursos que o permitam viver de maneira social e juridicamente responsável no futuro. Esse internamento pode ser em regime aberto, semiaberto ou fechado e o seu regime irá ser determinado pelo tribunal dependendo do grau de limitação da liberdade e da autonomia do jovem, designadamente na relação com o meio exterior¹⁸.

Em 31 de dezembro de 2023, encontravam-se um total de 128 jovens internados em centros educativos, o que representa um aumento de 9 jovens em comparação com o mesmo período do ano anterior¹⁹.

¹⁵ Conforme art. 71 n.º 2, da LTE.

¹⁶ Conforme art. 4.º da LTE.

¹⁷ 1.º Relatório Intercalar, p. 21.

¹⁸ Conforme arts. 28.º; 92.º, n.º 2, e 116.º e ss. da LTE.

¹⁹ Relatório Anual de Segurança Interna ano 2023, p. 10.

No entanto, o problema surge quando a medida termina. Nesses casos, os jovens regressam aos seus lugares de origem e ficam sujeitos às anteriores regras de convivência social, proporcionando, assim, a permanência das mesmas condições no ambiente, favorecendo o reaparecimento de comportamentos desviantes. Deste modo, foi sugerida a alteração da LTE neste domínio, garantindo que existam mecanismos que favorecem o acompanhamento constante dos jovens ao retornarem ao seu ambiente familiar, após um período de internamento em centro educativo. Isso pode incluir, por exemplo, uma equipa integrada que ofereça mentoria ao jovem, à sua família e à comunidade²⁰.

Assim, surgiu a proposta de alteração à Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e à Lei nº 166/99, de 14 de setembro, ambas em suas versões atualizadas, criando a figura do Gestor de Caso ou Técnico de Referência, integrado numa equipa multidisciplinar. Este profissional realizará um acompanhamento regular da criança ou jovem, promovendo a integração entre as intervenções do sistema de promoção e proteção e do processo tutelar educativo. Além disso, desenvolverá uma relação de confiança, estabelecendo limites e ajudando na aquisição de competências, enquanto trabalha com a família e a rede de apoio²¹.

Esta figura deve ser acionada em duas situações principais: quando é necessária uma intervenção conjunta nas áreas de promoção e proteção e tutelar educativa; quando o jovem conclui a medida de internamento em centro educativo e retorna ao seu meio de vida natural, necessitando de acompanhamento pelo sistema de promoção e proteção devido a uma situação de perigo avaliada. Nesse caso, o gestor de caso será responsável por continuar o acompanhamento do caso e realizar um trabalho de mentoria com o jovem, sua família e a comunidade²².

²⁰ 1º Relatório Intercalar, p. 21.

²¹ 1º Relatório intercalar, p. 19.

²² 1º Relatório Intercalar, p. 21.

Os programas de mediação

Curioso, ainda, que o 2º relatório intercalar sugere o desenvolvimento de programas de prevenção da delinquência juvenil deve ser sustentado em evidências. Para isso, demonstrou a importância de se promoverem “*programas de mediação e de resolução de conflitos para ajudar as crianças e os jovens a lidar com disputas e problemas interpessoais sem recurso à violência ou comportamentos delinquentes, incluindo em ambientes digitais*” referindo que as que políticas públicas devem incluir: “*programas de mediação e resolução de conflitos nas comunidades – implementação sustentada de mecanismos de diversão em ligação a diferentes entidades*”²³. Este ponto parece-nos interessante.

No decorrer da dissertação de mestrado da minha autoria, intitulada de “*A Mediação na Lei Tutelar Educativa*” ter-se-ia já retirado algumas conclusões acerca da figura da mediação no âmbito da Lei Tutelar Educativa. A mediação encontra-se consagrada no artigo 42º da LTE e prevê que a autoridade judiciária tem a faculdade de determinar a intervenção de entidades públicas ou privadas de mediação, nomeadamente para a realização das finalidades do processo, podendo ser despoletada pelo menor, pelos seus pais ou representante legal, ou quem tenha a sua guarda de facto e ainda pela autoridade judiciária, ou defensor.

No entanto, o legislador veio simultaneamente admitir que se tratava “de uma fórmula com reduzida tradição entre nós e com suportes institucionais ainda ténues”²⁴ e que devido a esse fundamento “o diploma deixa uma ampla margem de discricionariedade na sua utilização que se espera poder frutificar com a capacidade e a imaginação de instituições públicas e privadas que venham a criar-se”²⁵.

O diploma apenas prevê a utilização desta figura expressamente em dois momentos: na fase de inquérito prevista no artigo 84º da Lei Tutelar Educativa onde o Ministério Público tem a faculdade de acionar a atuação dos serviços de reinserção social e dos serviços de mediação para o apoio e auxílio da realização do plano de conduta e das imposições nele constantes ou na fase

²³ 2º Relatório intercalar, pp. 56 e 58.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ponto 14 da Exposição de Motivos – Proposta de Lei nº 266/VI, p. 10.

jurisdicional, contemplada no artigo 104º da Lei Tutelar Educativa, onde o juiz tem a possibilidade de acionar a intervenção dos serviços de mediação, de modo a ser obtido o acordo relativamente à medida tutelar a aplicar²⁶.

No entanto, este processo de seleção suscita dúvidas nomeadamente pela falta de regulamentação própria da mediação em sede de justiça de menores, embora o legislador tenha já disposto de uma abertura neste campo, apenas definiu dois momentos em que a mediação pode ser requerida, mas nada acrescentou quanto à sua utilização noutros momentos.

Nesse sentido, urge determinar alguns critérios para que a autoridade judiciária possa decidir quais os casos remetidos para a intervenção dos serviços de mediação, as fases processuais onde pode ser requerida, os atos ilícitos que darão lugar ao recurso deste mecanismo, os prazos para tramitar o processo de mediação, e os efeitos da obtenção do acordo. Nessa medida, e com base nas conclusões obtidas pelo 2º Relatório Intercalar, seria interessante que tal comissão tivesse afluído este domínio, de forma a realçar a mudança no paradigma da mediação em contexto tutelar, sendo o momento favorável para fazer o levantamento de todas as dificuldades e obstáculos com vista a revogar e a melhorar partes da Lei Tutelar Educativa, inclusivamente no que tange à mediação. No entanto, e embora estivéssemos perante uma oportunidade de acrescentar algo à mediação, mesmo a que fosse a título sugestivo, tal não aconteceu. Deste modo, aguardemos por novos desenvolvimentos até à possível reforma da Lei Tutelar Educativa para aí retirarmos conclusões sobre os pontos que salientamos no presente artigo.

²⁶ Matos, Raquel; Ribeiro, Catarina; Cunha, Conceição; Soares, Mónica Catarina; Marques, Sofia. *Reparation to the victim in the European Juvenile Systems: comparative analysis and transfer of best practices*. Primeiro relatório nacional – Portugal, 2015, p. 19, disponível em: https://ciencia.ucp.pt/ws/portalfiles/portal/37522664/Primeiro_Relatorio_Portugal_Final.pdf.

O CONSENTIMENTO DO/A PROGENITOR/A NA ADOÇÃO: UM COMPARATIVO BRASIL-PORTUGAL

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.5>

Karina Censi

Introdução

Até poucos anos atrás a família era formada pelos cônjuges e seus filhos, estes advindos do casamento. No entanto, com a perda da função econômica e com a valorização do afeto, novas formas de família passaram a ser admitidas, baseadas no amor e na solidariedade.

Diante dessa mudança de paradigmas, houve também uma transformação no Direito de Família, que precisou se adequar à nova realidade social, a fim de garantir aos membros da família a promoção de sua dignidade.

Inobstante a família seja protegida pela Constituição (art. 67º da Constituição da República Portuguesa, e art. 226.º da Constituição da República Federativa do Brasil), a legislação luso-brasileira também prevê que os filhos poderão ser separados dos progenitores, quando estes deixarem de cumprir com suas responsabilidades parentais.

Nesse contexto, a criança passou a ser sujeito de direitos, cabendo ao Estado, à sociedade e à família garantir os seus interesses com absoluta prioridade, inclusive no que se refere ao seu direito de conviver em um ambiente que lhe proporcione condições de desenvolvimento saudável.

A fim de possibilitar a reintegração da criança num ambiente familiar harmonioso e protetivo, a legislação estabelece o instituto da adoção. A adoção deve priorizar os interesses da criança, em virtude da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como deve atender os requisitos previstos em lei.

Se verificará adiante quais são os requisitos nas legislações luso-brasileiras quanto ao consentimento do/a progenitor/a e como os tribunais têm decidido sobre o tema.

Filiação e adoção

Diante da atual concepção de família¹ (baseada no afeto²), a filiação passou a ser vista para além do vínculo biológico, sendo também reconhecida em virtude da existência de vínculo afetivo – adoção e reprodução medicamente assistida, não sendo mais admissível a discriminação entre filhos biológicos e socioafetivos³.

No Brasil, conforme a doutrina e a jurisprudência, também há filiação socioafetiva pela posse de estado de filiação, que consiste numa situação que apresenta as características de uma relação paterno/materno filial^{4/5}, inclusive com a coexistência de mais de um vínculo materno ou paterno.

No sistema português, a posse de estado de filiação não é considerado como fundamento para o estabelecimento da paternidade ou maternidade, e

¹ “Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”. Farias, Cristiano Chaves de, Rosenvald, Nelson, *Curso de direito civil: famílias*, 15ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2023, p. 37.

² O afeto passou a ter valor jurídico.

³ A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976, coloca a família como elemento fundamental da sociedade (art. 67º, 1), prevendo, entre outros, a igualdade entre os filhos, já que não mais discrimina os filhos nascidos fora do casamento, o poder-dever de educação dos filhos, a inseparabilidade dos filhos dos pais e a adoção (art. 36º). No Brasil, a Constituição de 1988 pôs fim às desigualdades jurídicas, dispondo sobre a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, sobre a adoção (art. 227), bem como sobre a responsabilidade dos pais em relação aos filhos (art. 229).

⁴ Nas palavras de Paulo Lôbo, “a posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder aos requisitos legais da filiação. É uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer, como estabelece o art. 311-1 do Código Civil francês”. Lôbo, Paulo Luiz Neto, *Direito Civil-Famílias*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva Jur, 2024, *e-book*.

⁵ Ensina Paulo Lôbo que, para configurar a posse de estado de filiação, devem ser observados os seguintes requisitos: a) comportamento social característico de pais e filhos; b) convivência familiar prolongada/duradoura; c) relação de afetividade familiar. Lôbo, Paulo Luiz Neto, *Direito Civil-Famílias*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva Jur, 2024, *e-book*.

serve apenas como presunção do vínculo biológico nas ações de investigação de filiação, assim como também não é permitida a multiparentalidade^{6/7}.

No que se refere à filiação socioafetiva por adoção, em Portugal está em vigor a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Jurídico do Processo de Adoção, e a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, que eliminou as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90⁸) disciplina o regime da adoção.

A adoção é um parentesco legal que, distinto da verdade biológica, assenta-se numa verdade afetiva e sociológica⁹, e somente será deferida se fundamentada em motivos legítimos e se apresentar reais vantagens ao adotando (art. 1974º do Código Civil português e art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

As vantagens ao adotando não devem ter como plano principal a questão patrimonial, mas sim do afeto, possibilitando ao adotando uma família que o ame e que seja um porto seguro para si¹⁰.

O instituto da adoção é norteado por diversos princípios (art. 3º, da Lei n.º 143/2015, de 08 de setembro), sendo um dos mais citados o princípio

⁶ Oliveira, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade”, in *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 304-305, disponível em <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Criterios-juridicos-de-parentalidade.pdf>, consultado em 10/06/2024.

⁷ Destaca-se a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa: “[...] 6. – A prognose do *exequator* da sentença proferida pelo tribunal do Brasil, que reconheceu a paternidade socioafetiva e registo da respectiva avoenga em favor da requerente, com base exclusiva numa relação socioafetiva, redundaria em grosseiro afrontamento do princípio da verdade biológica da filiação, enquanto vertente do direito fundamental à identidade pessoal, incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de fevereiro de 2022, Proc. n.º 2673/21.1YRLSB-7, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2022:2673.21.1YRLSB.7.66/>, consultado em 08/06/2024.

⁸ O ECA, em seu art. 2, faz distinção entre crianças e adolescentes. Criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

⁹ Coelho, Francisco Pereira, Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 53.

¹⁰ Bordallo, Galdino Augusto Coelho, “Adoção”, in Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2024, e-book.

do superior interesse da criança, enunciado no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança^{11/12}.

O superior interesse da criança não possui um conceito determinado e não está sujeito a uma definição abstrata que sirva para todas as situações/casos¹³. Assim, por ser um conceito flexível, a sua aplicação será adaptada à situação da criança, de forma individualizada^{14/15}.

O superior interesse é entendido, de forma geral, como o direito da criança ao seu desenvolvimento saudável e harmonioso, que engloba todas as suas necessidades emocionais, materiais e sociais.

Nesse contexto, a concessão da adoção visa atender, primordialmente, os interesses da criança a ser adotada, respeitando a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

¹¹ “Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”. Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf, consultado em 21/05/2024.

¹² O Comentário Geral nº 14, de 2013, do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração, coloca que o interesse superior da criança é um conceito com natureza tripla: a) um direito substantivo; b) um princípio jurídico interpretativo; c) uma regra processual. Comitê da ONU dos Direitos da Criança, *Comentário Geral nº 14 (2013) do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração*, disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf, consultado em 08/06/2024.

¹³ Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 8ª ed., Almedina, Portugal, 2021, e-book.

¹⁴ Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, in Guimarães, Maria Raquel, Mota, Helena (coord.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 370.

¹⁵ Nesse sentido é a jurisprudência – “I – O superior interesse da criança, conceito vago e indeterminado, orientação para o julgador perante o caso concreto, com a primazia da criança como sujeito de direitos, nomeadamente o direito de manter relações gratificantes, equilibradas e estáveis, onde se edifique e se sedimente um projeto de vida estruturado, é de priorizar ao interesse de progenitor, que apenas deve ser considerado na justa medida em que se mostre conforme àquele [...]”. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05 de junho de 2023, Proc. nº 2702/15.8T8VNG_C.P1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e-80257cda00381fdf/db1657e25222e39e802589e8003397ad?OpenDocument&Highlight=0,-do%C3%A7%C3%A3o,consentimento>, consultado em 08/06/2024.

Consentimento para adoção no direito português

A legislação estabelece diversos requisitos para adoção de crianças¹⁶, mas, no presente trabalho, serão contemplados apenas os mais importantes para o entendimento da matéria.

O art. 1978º, do Código Civil português, dispõe que, no âmbito de um processo de promoção e proteção, quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação, a criança poderá ser confiada com vista a futura adoção, nas seguintes situações: a) se a criança for filha de pais desconhecidos ou falecidos; b) se tiver ocorrido consentimento prévio para adoção; c) se a criança tiver sido abandonada pelos pais; d) se os pais colocarem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou desenvolvimento da criança; e) se os pais da criança acolhida por um particular, por uma instituição ou por família de acolhimento tiverem apresentado manifesto desinteresse pelo filho, o que vem a comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.

Consta no art. 1980º, do mesmo diploma legal, que podem ser adotadas as crianças que tenham sido confiadas ao adotante, mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, assim como filhas do cônjuge (unido de facto) do adotante.

No caso do adotado ser filho do cônjuge, não se aplica o disposto no nº 3 do art. 1979º – idade do adotante e diferença entre a idade do adotando e do adotado.

No que se refere ao consentimento para adoção, o art. 1981º disciplina que, para a adoção, é necessário: a) o consentimento do adotando maior de 12 anos; b) do cônjuge do adotante não separado judicialmente de pessoas e bens; c) desde que não tenha havido medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, dos pais do adotando, ainda que menores e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais; d) do ascendente,

¹⁶ Sugere-se a leitura do texto de Rossana Martingo da Cruz, intitulado “A adoção e o apadrinhamento civil em Portugal: diferentes formas de oficializar o cuidado parental?”, *in* Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017.

do colateral até ao 3º grau ou do tutor, quando tenha este a seu cargo e com ele viva, em virtude do falecimento dos pais; e) dos adotantes.

O art. 55º, nº 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção¹⁷ – Lei nº 143/2015, de 08 de setembro, estabelece que, no âmbito de processo de promoção e proteção¹⁸, se o processo de adoção não tiver sido precedido de aplicação de medida de confiança com vista a futura adoção, a verificação dos requisitos da dispensa do consentimento dos pais do adotando ou das pessoas que o devam prestar em sua substituição, conforme o artigo 1981º acima mencionado, “deve ser efetuada no próprio processo de adoção, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ou dos adotantes, ouvido o Ministério Público”.

O juiz deverá ouvir os filhos do adotante maiores de 12 anos, assim como, no caso do progenitor falecido, os ascendentes ou, na sua falta, os irmãos maiores, se o adotando for filho do cônjuge do adotante e o seu consentimento não for necessário (art. 1984º).

O tribunal poderá dispensar o consentimento se as pessoas que o deveriam prestar estiverem privadas do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir (art. 1981º, nº 3, a)). Consta na al. c) que o consentimento dos pais do adotando inibidos do exercício das responsabilidades parentais pode ser dispensado pelo tribunal quando, “passados 18 ou 6 meses, respetivamente, sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido, o Ministério Público ou aqueles não tenham solicitado o levantamento da inibição decretada pelo tribunal”.

O legislador estabeleceu que o consentimento é inequívoco e prestado perante o juiz. Ainda, que o consentimento da mãe não pode ser prestado antes de decorridas seis semanas após o parto e que pode ser prestado independentemente da instauração do processo de adoção (art. 1982º).

Consta, ainda, que a sentença que decretar a adoção pode ser suscetível de revisão quando: a) não tiver o consentimento do adotante ou dos pais do adotado, quando necessário e não dispensado; b) o consentimento dos pais

¹⁷ O art. 35º do RJPA disciplina sobre o consentimento prévio.

¹⁸ Nos termos do art. 1978º, os pais ficam inibidos do exercício das responsabilidades parentais no caso de ser decretada a medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção.

tiver sido dispensado de forma indevida, em razão de não se verificarem as condições do nº 3 do artigo 1981º; c) o consentimento do adotante foi viciado por erro desculpável e essencial (quando presumido que o conhecimento da realidade excluiria razoavelmente a vontade de adotar) sobre a pessoa do adotado; d) o consentimento do adotante ou dos pais do adotado tiver sido determinado por coação moral, desde que seja grave o mal com que aqueles foram ilicitamente ameaçados e justificado o receio da sua consumação; e) o consentimento do adotado tiver faltado, quando necessário.

A revisão, no entanto, não será concedida se os interesses do adotado forem consideravelmente afetados, salvo se razões invocadas pelo adotante necessariamente o exigirem (art. 1990º).

No entendimento de Guilherme de Oliveira, não ocorrerá a nulidade ou anulabilidade da adoção no caso de não ter sido prestado o consentimento ou que este tenha sido prestado sob coação ou erro, pois o consentimento, ou a falta deste, apenas servirá como fundamento para a ação de revisão da sentença que decretou a adoção¹⁹.

No que se refere à jurisprudência sobre o tema, verifica-se que esta tem se manifestado pelo cumprimento irrestrito da norma, de forma a não permitir a dispensa do consentimento do progenitor se não houver grave dificuldade em ouvi-lo ou a presença dos demais requisitos legais.

Nesse sentido foi a decisão do Tribunal da Relação de Évora, a 28 de março de 2019, que entendeu que a adoção não pode ser decretada se verificada a falta de consentimento do progenitor.

No caso, a criança foi confiada administrativamente à requerente, com vista a futura adoção, na modalidade de confirmação de permanência dela a seu cargo, pois era candidata a adoção. Aos progenitores foi assegurado o direito de visitas e imposto o dever de pagar alimentos. A progenitora veio a falecer e o pai não demonstrou interesse pelo filho.

Tramitaram os processos de regulação do poder paternal e de alteração da regulação do poder paternal, além do processo de promoção e proteção, que foi arquivado.

O pai foi instado a prestar o seu consentimento à adoção do filho, mas o negou, razão pela qual o Tribunal entendeu que, em virtude de não

¹⁹ Oliveira, Guilherme de, *Adoção e Apadrinhamento Civil*, [S.I.] Petrony, 2019, p. 39.

ter havido medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, não poderia ser decretada a adoção, pois, além do pai não prestar o consentimento, não havia fundamento para a sua dispensa²⁰.

Já a 19 de setembro de 2019, o Tribunal da Relação de Guimarães, decidiu que, sendo o consentimento um requisito legal imperativo, este é indispensável à constituição do vínculo da adoção.

Consta no acórdão, em resumo, que o padrasto ajuizou processo de adoção no Juízo de Família e Menores de Braga, objetivando a adoção do enteado, com quem passou a conviver aos 3 anos de idade. O pai biológico conviveu com o filho somente uma única vez, quando este tinha apenas 1 ano de idade, e, desde então, nunca mais se fez presente, bem como não realizou o pagamento de alimentos. A família paterna também não mantém contato com a criança.

Foi acostado o relatório elaborado pela Equipa de Adoção do Núcleo de Infância e Juventude, que concluiu pela existência de vínculos afetivos entre o padrasto e o enteado, como próprios da filiação.

No transcorrer do processo foi realizada a audição do pai biológico por duas vezes, mas este discordou do pedido de adoção.

Notificado, o requerente pugnou pela dispensa do consentimento do progenitor, acudindo-se no superior interesse da criança e no primado da continuidade das relações psicológicas profundas.

O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido, em virtude da inadmissibilidade legal. A decisão judicial foi no mesmo sentido, pois não preenchidos os pressupostos legais de dispensa do consentimento.

O requerente interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que a decisão não observou os interesses do jovem e os princípios previstos no art. 3º do Regime Jurídico do Processo de Adoção, bem como a vontade do enteado, defendendo antes o seu pai biológico, cujo interesse se sobrepôs ao daquele. Ainda, que quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades que possam comprometer o estabelecimento de uma relação afetiva gratificante e securizante para a criança, é dever constitucional que

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019, Proc. nº 127/18.2T8ORQ. E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e7f-fec76be1b95b4802583d6002f6677?OpenDocument&Highlight=0,adop%C3%A7%C3%A3o,consentimento>, consultado em 10/06/2024.

seja salvaguardado o interesse da criança, principalmente por meio da adoção. Que a adoção do filho do cônjuge é a única que não resulta de uma confiança administrativa, judicial, ou medida de promoção e proteção com vista a futura adoção, motivo pelo qual a especificidade do caso em concreto deve ser levada em consideração na interpretação e aplicação da lei. Que a decisão violou o art. 3º, al. f), do RJPA, a qual determina que a intervenção respeite o direito da criança à preservação das relações afetivas, devendo-se sobrepor as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante.

O Tribunal, ao analisar o recurso, entendeu que, caso o processo de adoção não tenha sido precedido de aplicação de medida de confiança com vista a futura adoção, no âmbito de processo de promoção de proteção, o juiz não pode deixar de averiguar os pressupostos da dispensa do consentimento dos pais do adotando. Levantou que a falta do consentimento constitui fundamento legal de revisão de sentença, o que permite considerar a exigência do consentimento como um requisito legal imperativo.

Dispôs que, por se tratar de um processo de jurisdição voluntária, o Tribunal pode investigar livremente os factos, podendo adotar a solução que julgue mais conveniente para o caso, sem obediência a critérios de legalidade estrita. No entanto, neste tipo de processo, a prevalência da equidade sobre a legalidade estrita não permite ao juiz postergar normas imperativas, tal como ocorre com os requisitos do consentimento na adoção^{21/22}.

Desse modo, é possível compreender que, no que se refere às normas sobre consentimento para a constituição do vínculo da adoção, os Tribunais

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de setembro de 2019, Proc. nº 1066/19.5T8BRG.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/651ab5f18225d7e88025848e002e4733?OpenDocument&Highlight=0,adop%C3%A7%C3%A3o,consentimento>, consultado em 10/06/2024.

²² “Este enquadramento resulta, aliás, bem patente com a revogação da anterior alínea b), do nº 3 do artigo 1981º do CC – operada pelo artigo 9º da Lei nº 143/2015, de 8-09 –, a qual previa a possibilidade de o Tribunal dispensar o consentimento para a adoção, quer dos pais, quer dos parentes ou do tutor do menor, quando se verificasse alguma das situações que, nos termos das alíneas c), d), e e), do nº 1 e do nº 2, do artigo 1978º, permitiriam a confiança judicial. Daí que a decisão recorrida não mereça censura, na medida em que se mostra indiscutível que, na situação dos autos, o consentimento dos pais do adotando apenas pode ser dispensado pelo Tribunal nos casos previstos no artigo 1981º, nº 3, do CC, ou seja, no caso de os pais estarem privados do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir [al. a)], e se os pais do adotando estiverem inibidos do exercício das responsabilidades parentais, quando passados 18 ou 6 meses, respetivamente, sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido, o Ministério Público ou aqueles não tenham solicitado o levantamento da inibição decretada pelo tribunal, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 1916º do CC [al. b)]. Em consequência, não se revela possível extrair diferente solução relativamente à possibilidade de o Tribunal vir a dispensar o consentimento do pai do adotando ou, ao final, decretar a adoção sem a obtenção do mesmo, o que inviabiliza desde logo a requerida adoção”. *Idem*.

portugueses têm entendido que estas não podem ser mitigadas, em virtude de serem imperativas.

Maria Perquilhas propõe a interpretação do art. 1981º/2, no caso da adoção pelo/a cônjuge/a do seu/sua progenitor/a, para se evitar a instauração do processo de promoção e proteção²³. Vejamos.

Na situação de adoção do filho do/a cônjuge/companheiro/a, a criança encontra-se a carga de um dos seus ascendentes (o pai/mãe), e, verificando-se os casos previstos nas alíneas c), d) e e) do art. 1978º/1 (situação de perigo), não é exigido o consentimento do progenitor que pratica os fatos que integram a previsão (o ausente, abandonado ou maltratante, ainda que por omissão).

Esta interpretação está de harmonia com o art. 1981º/1, al. c), já que sempre que se verifiquem as situações de fato (perigo) previstas nas als. c), d) e e) do art. 1978º/1 CC não é exigido o consentimento dos pais (ou só pai/mãe).

O pai/mãe que se encontre nas circunstâncias a que aludem as als. c), d) e e) do art. 1978º/1, ex vi nº 2 do art. 1981º, ambos do CC, terá que ser chamado para deduzir, querendo, oposição relativamente à imputação das situações de facto que permitem o afastamento do seu consentimento, mas evitar-se-ia o desgaste de um processo de promoção e proteção e a sujeição de uma família e especialmente da criança a um debate judicial (art. 114º e ss. LPCJP). Assim, dispensando o consentimento do pai/mãe da criança e obtida a avaliação favorável à adoção de filho do/a cônjuge ou companheiro/a (art. 34º RJPA), no âmbito do processo de adoção *stricto sensu*, instruído com os documentos e relatórios a que alude o art. 53º RJPA e 1974º/1 do CC, se decidirá a constituição do vínculo jurídico da adoção.

A autora ainda afirma que há quem indique como solução a inibição das responsabilidades parentais^{24/25}, fazendo com que o tribunal possa

²³ Perquilhas, Maria, “Artigo 1981º (Consentimento para a adoção)”, in Sotomayor, Clara (coord.), *Código Civil – Livro IV – Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 1030.

²⁴ O art. 1915º, 1, do Código Civil dispõe que “[...] pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres”.

²⁵ Cita-se a decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, a 26 de setembro de 2023. Consta no processo que a progenitora instaurou processo tutelar cível contra o progenitor, pugnando pela inibição das responsabilidades parentais, alegando que ele, mesmo após ter sido estipulado um regime de contatos e de alimentos na ação de regulação das responsabilidades parentais, não manteve contato com a filha e, após alguns anos, deixou de pagar alimentos. O Juízo de Família e Menores de Caldas da Rainha não decretou a requerida inibição. A requerente apresentou recurso e a apelação foi julgada procedente, sendo revogada a decisão recorrida, com a decretação da inibição do

dispensar o consentimento dos pais, nos termos da al. c) do art. 1981º/3. No entanto, esclarece que a tramitação da ação é complexa e demorada, bem como é exigido o prazo de 18 meses sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição²⁶.

Consentimento para adoção no direito brasileiro

A adoção no direito brasileiro está prevista a partir do art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já a colocação em família substituta está regulamentada a partir do art. 165.

O art. 45 disciplina que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, podendo ser dispensado se os pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar.

Havendo concordância expressa dos pais com a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, ou se estes forem falecidos ou tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, o pedido poderá ser formulado diretamente em cartório, devendo a petição ser assinada pelos próprios requerentes (art. 166).

A equipa interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, antes do consentimento dos pais, apresentará as devidas orientações e esclarecimentos (art. 166, § 2º).

Na hipótese de concordância dos pais, o juiz deverá ouvi-los, assistidos por advogado ou defensor público, na presença do Ministério Público. A audiência deverá ocorrer no prazo de 10 dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo. Após, declarará a extinção do poder familiar (art. 166, §1º).

exercício das responsabilidades parentais do progenitor, tendo em vista que estavam presentes os requisitos dos arts. 1915º, nº 1, do Código Civil, e 52º do RGPTC, pois o requerido não acompanhou o processo de crescimento e desenvolvimento da filha, desde o seu nascimento, não tendo sido criados laços afetivos. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de setembro de 2023, Proc. nº 918/22.0T8CLD.C1, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c147b7fabfa5ac080258a4b0046efa7?OpenDocument&HighLight=0,inibi%C3%A7%C3%A3o,das,responsabilidades>, consultado em 10/06/2024.

²⁶ Perquilhas, Maria, “Artigo 1981º (Consentimento para a adoção)”, in Sotomayor, Clara (coord.), *Código Civil – Livro IV – Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 1030.

O consentimento prestado por escrito somente terá validade se for ratificado na audiência (art. 166, §4º).

O consentimento apenas terá valor se for prestado após o nascimento da criança e será retratável até a data da realização da audiência, podendo os pais exercerem o arrependimento no prazo de 10 dias, a partir da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar (art. 166, §§ 5º e 6º).

Destaca-se que o art. 45, § 2º, do ECA coloca que, se o adotando for maior de 12 anos de idade, será necessário o seu consentimento. No entanto, embora a lei mencione os maiores de 12 anos, sempre que possível e a depender da idade da criança, deverá ser realizada a sua oitiva pela equipa interprofissional do juízo. A oitiva em juízo deverá ser realizada sem a presença dos adotantes e dos pais biológicos, a fim de que o adotando não se sinta intimidado ou constrangido. Cabe ao juiz levar em conta a opinião do adotando, mas a sua decisão deverá ser pautada no interesse da criança²⁷.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda dispõe que, quando for verificada uma situação de facto consolidada no tempo, que favoreça o adotante, é possível a dispensa do consentimento dos pais para a adoção²⁸.

O mesmo Tribunal decidiu que a retratação do consentimento, mesmo antes da publicação da sentença de adoção, não gera direito potestativo aos progenitores, pois ele será avaliado com outros elementos, para determinar qual será o melhor interesse da criança²⁹.

Definiu que, mesmo que tenha sido constatado vício no consentimento, com relação à entrega da criança, este, por si só, não nulifica a adoção já efetivada, na qual foi constatada que a criança estava sob lapso temporal significativo sob os cuidados dos adotantes e a boa-fé dos adotantes³⁰.

²⁷ Bordallo, Galdino Augusto Coelho, “Adoção”, in Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2024, e-book.

²⁸ Nesse sentido: SEC nº 9.073/EX, de 17 de setembro de 2014; SEC nº 10.700/EX, de 03 de junho de 2015, e HDE nº 144/EX, de 04 de setembro de 2019.

²⁹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.578.913/MG, de 16 de fevereiro de 2017, disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600090973&dt_publicacao=24/02/2017, consultado em 10/06/2024.

³⁰ Extraí-se do acórdão: “Sob esse imperativo, uma solução que contemple o melhor interesse da criança deve garantir um bom alicerce para seu desenvolvimento pessoal. A preservação de sua integridade, dignidade, respeito e liberdade, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente, pois se estará, na hipótese, privilegiando a norma principiológica, que é matriz interpretativa de toda a legislação relativa à criança e ao adolescente.

Importante mencionar que há distinção entre o direito brasileiro e o direito português no que se refere ao pedido de adoção, em especial quando a criança ou o adolescente possuem os progenitores no registo de nascimento.

No Brasil, caso a pessoa tenha interesse em reconhecer a paternidade/maternidade socioafetiva, poderá comparecer perante o oficial de registo civil das pessoas naturais e fazer o registo da paternidade/maternidade, desde que obedecidos os requisitos, sendo possível, inclusive, a coexistência de mais de um vínculo paterno ou materno^{31/32}.

Havendo a necessidade de ajuizamento de ação, tem-se, como de costume, o ajuizamento de ação de destituição/perda do poder familiar contra os progenitores, cumulada com pedido de adoção da criança. Aponta-se, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser desnecessário o prévio ajuizamento de ação de destituição do poder familiar do/a progenitor/a³³.

O STJ ainda decidiu que o padrasto/madrasta pode constar no polo ativo da ação de destituição do poder familiar e de adoção³⁴.

Cita-se, a título de exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 9 de março de 2020, a favor do padrasto, que ajuizou ação de destituição do poder familiar do progenitor cumulada com adoção da enteada. No caso, foi julgado procedente o pedido de destituição do poder familiar do progenitor, em virtude do abandono, e o pedido de concessão da adoção da criança pelo padrasto, com quem ela convive desde

Nessa ótica, não se flexibiliza com o justo, não se ignora os contornos fáticos, mas tão só se constrói a solução da controvérsia com os olhos voltados para a maior interessada no desenrolar de toda a questão: a própria adotanda”. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1.199.465/ DF, de 14 de junho de 2011, disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001209020&dt_publicacao=21/06/2011, consultado em 10/06/2024.

³¹ “Art. 510. O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento. 1º Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno. 2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial”. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Provimento n.º 149, de 30 de agosto de 2023, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>, consultado em 10/06/2024.

³² É necessária a manifestação dos pais biológicos, conforme Consulta 0000060-94.2023.2.00.0000, da 1ª Sessão Virtual do CNJ em 2024.

³³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1.207.185/MG, de 11 de outubro de 2011, disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001491100&dt_publicacao=22/11/2011, consultado em 10/06/2024.

³⁴ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1106637/SP, de 01 de junho de 2010, disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802608928&dt_publicacao=01/07/2010, consultado em 10/06/2024.

os 2 anos de idade. O progenitor recorreu da decisão, alegando que não foi realizada a sua audição no processo. O Tribunal decidiu que o progenitor estava em local ignorado durante todo o processo, não havendo razão para ser realizada a sua oitiva, não tendo aplicabilidade a norma do art. 45 do ECA. Ademais, ficou configurado o abandono da criança por parte do progenitor, sendo possível a destituição do poder familiar e a concessão da adoção da criança em favor do padrasto, atendendo ao superior interesse da criança³⁵.

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Infere-se que o progenitor interpôs recurso de apelação contra a decisão do juízo de Ibirité/MG, aduzindo que a decisão que decretou a destituição do poder familiar estaria lhe retirando a possibilidade de refazer os vínculos com o filho. O Tribunal, ao analisar o processo, constatou que o progenitor não sabia onde o filho estava a residir, bem como não comprovou qualquer tentativa de localizar o filho ou mesmo que tenha ajuizado ação para garantir o seu direito ao convívio. Assim, com base nos arts. 22, 24 e 169 do ECA, manteve a decisão que decretou a perda do poder familiar, em virtude do abandono, e concedeu a adoção pretendida pelo padrasto³⁶.

O mesmo Tribunal, a 23 de maio de 2024, também decidiu pela destituição do poder familiar da progenitora, com a concessão da adoção da filha à madrasta, com base no abandono materno e nos vínculos afetivos entre enteada e madrasta³⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a 14 de dezembro de 2023, entendeu pela destituição do poder familiar da progenitora, com a concessão da adoção da adolescente à madrasta. Ainda, decidiu

³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 1088910-50.2018.8.26.0100, de 09 de março de 2020, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13395032&cdForo=0>, consultado em 10/06/2024.

³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0000.22.151225-4/001, de 15 de dezembro de 2022, disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&nnumeroRegistro=2&totalLinhas=6&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=ado%20padrasto%20destitui%20e%20pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>, consultado em 10/06/2024.

³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0000.23.164179-6/001, de 23 de maio de 2024, disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&nnumeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=ado%20madrasta%20destitui%20e%20pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>, consulta- do em 10/06/2024.

sobre a impossibilidade de concessão do pedido da progenitora de declaração da multiparentalidade, compreendendo que o pedido deve ser analisado de acordo com o superior interesse da adolescente e pelo prisma da maternidade responsável, o que não ocorreu no caso, pois não havia vínculos afetivos entre a progenitora e a filha. Colocou que, caso mantido o poder familiar da progenitora, se desconsideraria a pluriparentalidade, que somente existe como forma de abranger situações nas quais há multiplicidade e reciprocidade de afeto³⁸.

Desse modo, é possível entender que as decisões judiciais brasileiras são no sentido de que, mesmo que o progenitor não concorde com o pedido de adoção do filho, é admissível a decretação da destituição do seu poder familiar, se vier a infringir os deveres inerentes às responsabilidades parentais, nos termos do art. 1.638 do Código Civil, com a concessão da adoção do filho a terceira pessoa, ambas no mesmo processo.

As jurisprudências brasileiras também são na direção de permitir a multiparentalidade, com a constituição de mais de um vínculo paterno/materno, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do superior interesse da criança, além de outros próprios do direito de família.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 898.060 – Tema 622, equiparou a parentalidade socioafetiva à biológica, colocando que não há impedimento para o reconhecimento concomitante da paternidade/maternidade afetiva e biológica³⁹.

Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença proferida pelo juízo da Comarca de Campinas, que deferiu o pedido de reconhecimento de maternidade socioafetiva, mesmo sem o consentimento do progenitor.

Tem-se que a progenitora e a cônjuge ajuizaram pedido de reconhecimento da filiação socioafetiva da criança com a esposa da mãe, alegando que ambas procuraram o progenitor para a concepção da criança, tendo este

³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.º 5002987-11.2018.8.21.0008, de 14 de dezembro de 2023, disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php, consultado em 10/06/2024.

³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE nº 898.060, de 21 de setembro de 2016, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>, consultado em 08/06/2024.

concordado em fornecer o material genético. A criança foi registrada em nome dos progenitores, mas também desenvolveu vínculo afetivo com a cônjuge da mãe biológica. O progenitor não concordou com o pedido, alegando cerceamento de defesa, em razão da ausência de estudo psicossocial na sua residência, e entendendo que deveria se aguardar a maioridade da criança, quando então poderá manifestar a sua vontade. Contudo, em razão da comprovação da existência de vínculo materno-filial entre a criança e a cônjuge da mãe, foi deferido o pedido, a fim de constar no registo de nascimento da criança o nome da mãe socioafetiva, passando a criança a ter em seu registo de nascimento o nome do progenitor e das duas mães⁴⁰.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência brasileira permite o reconhecimento da multiplicidade de vínculos parentais, mesmo sem o consentimento do/a progenitor/a, a fim de atender o superior interesse da criança e do adolescente.

Conclusão

Nota-se que a criança deixou de ser objeto de proteção para ser sujeito de direitos, cabendo aos pais exercer a parentalidade de forma responsável e zelar pelos interesses do filho, sendo que, no caso de abandono material e/ou afetivo, caberá ao Estado intervir na relação familiar, nos termos das legislações vigentes.

Embora exista uma ponderação de princípios quando a norma é editada, sabe-se que ela nem sempre acompanha a realidade social, cabendo ao judiciário, muitas vezes, avaliar a situação e fazer a ponderação entre normas e princípios, a fim de atender o superior interesse da criança.

É possível observar que as decisões portuguesas sobre o consentimento do progenitor para adoção são no sentido de que a norma é imperativa, não podendo ser mitigada.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 1055666-59.2016.8.26.0114, de 13 de julho de 2020, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13811096&cdForo=0>, consultado em 10/08/2024.

No Brasil, a legislação também prevê o consentimento do/a progenitor/a como requisito para a concessão da adoção. Contudo, tem prevalecido o entendimento de que é possível o abrandamento da regra estabelecida na legislação, para que seja reconhecida a relação jurídica entre a criança e o/a pai/mãe socioafetivo/a, com o fim de atender os interesses da criança.

A análise sobre a diferença de aplicação de normas e princípios entre os países é extremamente importante, para que se possa compreender as realidades jurídicas e sociais, bem como para que se possa fomentar, cada vez mais, discussões sobre o que, de facto, significa atender os interesses da criança.

Tais discussões não devem ser limitadas somente ao campo jurídico, mas também deverão englobar outras áreas tão importantes na garantia da proteção da criança, como a psicologia, a sociologia, a pedagogia, entre outras.

Os debates contribuirão para a publicação de novos trabalhos científicos e, quem sabe, para a mudança da legislação, para que esta venha a acompanhar as mudanças sociais de cada país.

FAMÍLIAS EM LITÍGIO E DIREITOS POR UM FIO: O ABUSO DO DIREITO, RESPONSABILIDADES PARENTAIS E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.6>

Larissa Franzoni

Introdução

A família, este ninho que nos acolhe quando chegamos ao mundo, enquanto meio primordial de socialização e núcleo onde se forjam as subjetividades e afetos, se apresenta como a unidade fundamental da sociedade e instituição especialmente responsável pela efetivação dos direitos das crianças.

Com vínculos não apenas jurídicos e sociais, mas também afetivos, as famílias podem, por vezes, se transformar em espaços de conflitos hostis e litígios acirrados, a impactar diretamente a vida e o bem-estar de todos os seus membros. O litígio familiar não é apenas uma questão de desentendimento entre adultos; ele carrega consigo a potencialidade de ferir direitos fundamentais e afetar profundamente o desenvolvimento emocional e psicológico das crianças envolvidas.

Ao longo das últimas décadas, a evolução dos direitos das crianças tem se consolidado, reconhecendo-as como sujeitos plenos de direitos, com necessidades específicas de proteção e cuidado. Este reconhecimento, formalizado pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, trouxe uma nova perspectiva sobre a criança na relação com a sociedade e também entre pais e filhos, consubstanciando o superior interesse da criança como norteador tanto das políticas públicas, quanto das ações tomadas no âmbito privado da esfera familiar.

No entanto, apesar dos avanços legais e sociais, os contextos de litígio familiar persistem, com frequência acompanhados de comportamentos interparentais que ferem os direitos das crianças e violam os deveres atribuídos aos pais pelas responsabilidades parentais. As disputas judiciais, muitas vezes, se transformam em arenas onde o direito é manipulado como arma de vingança, perpetuando um ciclo de abuso e sofrimento para os adultos envolvidos e também para as crianças indiretamente afetadas. As crianças, alheias aos motivos do conflito, acabam sendo as mais atingidas ao sofrerem as consequências de um ambiente familiar hostil e instável, com figuras parentais que são, ao mesmo tempo, vítimas e algozes em suas relações.

Como amadurecimento das indagações surgidas com a investigação levada a cabo durante o curso de Mestrado em Direito das Crianças, Famílias e Sucessões da Universidade do Minho, em 2019-2020, este artigo retoma o tema do abuso do direito e das responsabilidades parentais, que ocupou o papel central da investigação da dissertação, e também foi a base de investigações menores ao longo do curso. Por esta razão, há reincidências no texto, com conclusões obtidas em trabalhos anteriormente produzidos durante o curso do referido Mestrado¹.

Aqui, busca-se explorar algumas complexidades do conflito familiar, analisando como o comportamento interparental em um litígio familiar pode configurar abuso do direito, relativamente às crianças indiretamente envolvidas, e também violação das responsabilidades parentais. Através da pesquisa indireta e de abordagem de dedutiva e indutiva, buscou-se integrar aspectos históricos, legais e psicológicos, a fim de lançar luz sobre algumas práticas abusivas no contexto dos conflitos familiares e identificar caminhos para a promoção de um ambiente mais seguro e saudável para as crianças e adolescentes.

A partir da compreensão dos efeitos deletérios do comportamento abusivo interparental para as crianças, buscou-se fazer uma leitura à luz do instituto do abuso do direito, e enfatizar caminhos legais que expressem a importância de uma atuação consciente e protetiva por parte dos profissionais

¹ Franzoni, Larissa. *O abuso do direito e responsabilidades parentais: reflexões a partir do superior interesse da criança*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/84848>. Acesso em 23 de maio de 2024.

envolvidos e das autoridades competentes, com o objetivo de garantir que os direitos das crianças sejam respeitados e protegidos em todas as circunstâncias. Afinal, a infância deve ser um período de desenvolvimento humano pautado na paz e na estabilidade, e é dever de todos assegurar que isto seja efetivamente garantido.

Contextualizando: os direitos da criança e as responsabilidades parentais

A busca por definir os contornos históricos dos direitos das crianças revela que o papel das crianças nas relações sociais foi, por muito tempo, subalterno e objetificado. A criança era tida como uma questão privada: propriedade do pai, assunto dos colégios e internatos, e força de trabalho dos patrões. A preocupação política e pública com a infância surgiu somente no contexto do capitalismo, que havia arrebatado as famílias para as cidades, e mulheres e crianças para as fábricas e minas. Foi na busca por conter as consequências do cenário catastrófico daí decorrente que se editaram as primeiras legislações a se preocuparem com a infância. A primeira delas a regular justamente a questão do trabalho infantil², e paralelamente, através da edição de normas que regulavam as respostas à delinquência infanto-juvenil³.

Foi somente no século XX, na esteira do desenvolvimento dos direitos humanos, que se estabeleceram também os direitos humanos pensados de forma específica às crianças e adolescentes na esfera internacional. Este processo culminou na aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança

² Segundo descrição histórica, naquele contexto, as crianças eram exploradas até o limite de suas capacidades, em jornadas que ultrapassavam 16 horas diárias de trabalho, em ambientes insalubres, realizando trabalhos pesados e atividades perigosas que resultavam em acidentes, mutilações, envenenamentos, deficiências físicas, doenças e alto índice de mortalidade. A primeira norma que enfrentou minimamente a tragédia que se impunha às crianças foi aprovada na Inglaterra, chamada de *Moral and Health Act*, de iniciativa de Robert Peel, em 1802. Esta legislação, que reduziu a jornada de trabalho infantil para 12 horas, foi a precursora de um movimento de regulação jurídica do trabalho infantil se estendeu ao longo do século XIX por Europa e Continente Americano, ainda que de maneira não uniforme. Vide Süsskind, Arnaldo; Teixeira Filho, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II, 21.ed. São Paulo: LTR Editora, 2003, p. 998; e Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 16-17 e 742-743.

³ Tomé, Rosa. «A Questão da Infância em Portugal: Um Século de(s) Proteção à Criança». In: *Promoção e Proteção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 11. Acesso em: 19 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf

pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989⁴, o que resultaria em uma profunda mudança de paradigma nos direitos da criança.

A CDC é o mais abrangente dos instrumentos legais em favor da promoção de direitos e da proteção da criança⁵. O documento inovou, não apenas por sua extensão, mas por reconhecer à criança todos os direitos e liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos, outorgando às crianças e adolescentes, direitos e liberdades que até então eram reservados apenas aos adultos sem, no entanto, deixar de reconhecer a especificidade da infância⁶.

Antes objeto de tutela, as crianças passaram a ser os sujeitos de direitos. O alçamento da criança à condição de sujeito de direitos certamente foi o avanço mais notável, porque atuou como um divisor de águas no processo histórico de enfrentamento de sua condição nos espaços políticos, e consequentemente, na forma com que o Estado atua em benefício e na proteção das crianças. Até mesmo a esfera privada das relações de família passou a ser regulada pelas normas de caráter protetivo que se desenvolveram ao longo dos anos, na medida em que os Estados aderiam de forma mais concreta àquelas regras previstas pela CDC.

Ainda que se tenha um longo caminho por percorrer até a efetivação plena dos direitos das crianças⁷, é preciso reconhecer que, passados 30 anos e tendo sido ratificada por 196 países⁸, a CDC impactou legislações, programas e políticas no mundo todo, e profundos avanços podem ser observados⁹.

Especificamente dentro da esfera familiar, nas últimas décadas, o impacto das normas protetivas dos direitos das crianças tem especial relevância. A família se estabeleceu como um espaço de exercício de liberdade,

⁴ Doravante referida como CDC.

⁵ Guerra, Paulo; Bolieiro, Helena. *A Criança e a Família. Uma Questão de Direito(s)*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 13-20.

⁶ Rosember, Fúlvia; Sussel Mariano, Carmen Lúcia. «A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões». In: *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, set-dez 2010. pp. 693-728. Acesso em: 06 de janeiro de 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003-&lng=en&nrm-iso. p. 699.

⁷ A propósito, vide: Tomás, Catarina. «Direitos da criança na sociedade portuguesa: qual o lugar da criança?» In: *Da investigação às práticas*. v. 2. n. 1. Lisboa: Escola Superior de Educação de Lisboa, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.25757/invep.v2i1.45>. Acesso em: 04 de março de 2021. p. 120 (118-129).

⁸ Unicef. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Acesso em: 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

⁹ Unicef. *For every child, every right. The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Acesso em 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/62371/file/Convention-rights-child-at-crossroads-2019.pdf>

afirmação e concretização de direitos dos seus membros, sejam estes direitos fundamentais, sejam direitos de personalidade¹⁰. Para a criança, o papel dos progenitores e do núcleo familiar se revela absolutamente fundamental, já que o seio familiar se constitui no *locus* primário do desenvolvimento infantil e do exercício de direitos.

A função desempenhada pela família resulta, portanto, no dever de seus membros, em especial dos adultos, em viabilizar o acesso aos meios de desenvolvimento moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes¹¹. E neste contexto, a manifestação mais ostensiva da evolução do direito da família em direção a tornar-se um instrumento de garantia e efetividade dos direitos da criança, em respeito ao seu superior interesse, encontra-se precisamente no nível da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

As responsabilidades parentais não podem mais ser compreendidas como um poder, que em outros tempos se manifestava como um direito de posse e disposição paternal (no sentido patriarcal da organização familiar) quanto às questões relativas à pessoa, bens e direitos dos filhos.

A configurar uma realidade jurídica complexa, as responsabilidades parentais ultrapassam a função de mero suprimento da incapacidade negocial das crianças, abarcando uma miríade de situações jurídicas que emergem do vínculo de filiação, e que competem aos pais com vistas à promoção do desenvolvimento integral do filho. Tal infinidade de situações jurídicas decorre da obrigação dos pais em velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens, sempre no interesse dos filhos, conforme se extrai dos termos do art. 1878º do Código Civil¹².

¹⁰ Pedro, Rute Teixeira. «A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família». In: *Pessoas, Direito e Direitos*. Oliveira, Nuno Manuel Pinto e Mac Crorie, Benedita (coord.). Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016. pp. (313-342) 325.

¹¹ Neste sentido: Ferreira, Maria Elisabete. *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 34, e Gagliano, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 214.

¹² Cruz, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança.» In: *Direito e Informação na Sociedade em Rede. Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação*. Porto, 2016, p. 282. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

A figura das responsabilidades parentais, portanto, evoluiu e passou a corresponder a um poder-dever de carácter altruísta, de atendimento ao superior interesse da criança. Para além de um direito, as responsabilidades parentais configuram-se em verdadeiros deveres e obrigações, na maioria das vezes impostas pela própria legislação¹³.

Nas lições de CRUZ:

“O exercício das responsabilidades parentais não é ditado pela vontade do sujeito que as exerce (progenitores na maioria dos casos). Estes não são livres para agir como entenderem, no âmbito das responsabilidades parentais, uma vez que a sua atuação é legalmente conformada. O Direito estabelece as linhas de atuação que os pais têm de respeitar. Não existe um livre arbítrio neste domínio, como bem se compreende. E, não só existe uma imposição legal de como as responsabilidades parentais devem ser exercidas, como estas são irrenunciáveis.”¹⁴

Ter filhos traz como efeito este vínculo biopsicossocial indissolúvel, e como consequência, os comportamentos dos progenitores em contexto familiar irão necessariamente repercutir na vida e no desenvolvimento dos filhos. Neste contexto, compreende-se que os direitos fundamentais das crianças, por seu carácter de essencialidade à configuração da dignidade humana, devem ser respeitados no âmbito familiar por todos os seus membros, em especial pelos progenitores, que detém o poder-dever de promoção dos mesmos. E justamente por este fato é que os comportamentos dos progenitores, em contextos familiares quaisquer que sejam, devem ter sempre um olhar atento ao atendimento do superior interesse da criança.

¹³ Neste sentido: Dias, Cristina. «A Criança Como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção.» In: *Revista Julgar*. n. 4. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008, pp. 87-101. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/46686>. Acesso em: 21 de outubro de 2019; Lôbo, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 295-299; Sottomayor, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 17-23.

¹⁴ Cruz, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor...», *op. cit.*, p. 282.

Os litígios familiares e o abuso do direito

Em que pese estejamos em estágio amadurecido no reconhecimento das crianças enquanto pessoas e sujeitos plenos de direitos, as relações de poder que estruturam e orientam as vidas das crianças, pela própria natureza da infância, se mantêm assimétricas. As crianças, por ainda estarem em fase de grande mutação em sua condição subjetiva, adquirindo capacidades e se desenvolvendo, dependem dos adultos para o exercício de muitos de seus direitos e para sua própria sobrevivência¹⁵. Ocorre que com frequência, as famílias se estruturam produzindo assimetrias de poder para além do natural e desejável, em detrimento dos direitos da criança.

A vivência prática com famílias em litígio expõe situações em que os adultos ultrapassam os limites do exercício de seus direitos e de seus deveres, de modo que suas condutas reverberam sobre os direitos das crianças de forma indevida. Muitas vezes, embora as crianças não sejam nem mesmo as personagens principais do conflito familiar, sofrem consequências diretas destes.

O encerramento do vínculo jurídico e amoroso entre um casal nem sempre acontece de forma harmônica e consentida para ambos, o que pode resultar em impactos diversos na vida não apenas do casal, mas também nos filhos que assistem à quebra de vínculos entre o pai e a mãe. E sabidamente, quanto mais intensificado o conflito, maiores os efeitos na vivência destas crianças.

Muitos dos casais que enfrentam litígios não conseguem dialogar e superar os desafios emocionais existentes entre si, e é possível verificar durante os trâmites jurídicos a persistência e predominância de sentimentos que não foram bem elaborados, de traição, rejeição, abandono, desejos de punição e vingança. Quando o conflito se transforma em uma disputa judicial em que há filhos, além de terem de lidar com a própria família desestabilizada, as crianças ainda estão sujeitas à intervenção do Estado na regulação de sua vida privada, o que pode repercutir de forma verdadeiramente traumática,

¹⁵ Gersão, Eliana. *A criança, a família e o direito – De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 15.

a depender do nível de litígio instalado entre os pais, e da intervenção externa necessária¹⁶.

A ruptura conjugal naturalmente modifica a dinâmica familiar, o que por si só já representa um evento bastante importante e uma fase de transição prolongada com a qual a criança tem de lidar. Mesmo que a separação dos pais ocorra em um ambiente de tranquilidade e diálogo, é de se esperar que a criança precise se ajustar a estas mudanças¹⁷.

Mas quando a separação ocorre num ambiente de hostilidade e violência mútua, os efeitos do litígio familiar na criança são profundos.

A ênfase colocada neste vector salienta que o conflito conjugal antes e durante o período de separação é o principal factor de stress para as crianças. A hostilidade interparental cria um ambiente familiar de tensão, no qual as crianças experienciam stress, infelicidade e insegurança. [...] A frequência e a intensidade do conflito, bem como o grau em que as crianças são expostas directamente a estes conflitos, têm sido identificadas como dimensões com um grande impacto no desenvolvimento infantil¹⁸.

O litígio familiar intensificado pode exteriorizar dinâmicas de violência intrafamiliar que muitas vezes estavam ocultas ou represadas enquanto a relação conjugal se mantinha¹⁹. Na medida em que a separação ocorre e o casal adota posições antagónicas, as disputas judiciais decorrentes da separação revelam a oportunidade de externalizar dores mal elaboradas, e comumente estas mesmas disputas judiciais se constituem no instrumento ou no ambiente para a perpetração de violências. É dizer: os processos judiciais se transformam na própria ferramenta de abuso, nomeadamente em

¹⁶ Duarte, Lenita Lemos Pacheco. «Alienação parental no conflito familiar. A dimensão trágica dos conflitos na alienação parental: fragmentos da clínica.» In: *Revista Lusobrasileira de Alienação Parental*. 7.ed. ago-nov. 2015, pp. 15-16.

¹⁷ Homem, Tatiana Carvalho; *et al.* «Fatores protetores e de vulnerabilidade na adaptação emocional e académica dos filhos ao divórcio dos pais.» In: *Psicologia*. v. 23. n. 1. 2014. Disponível em: <https://revista.appsiologia.org/index.php/rpsicologia/article/view/315/78> Acesso em: 10 de maio de 2024, p. 9.

¹⁸ Homem, Tatiana Carvalho; *et al.* «Fatores protetores...», *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹ A exemplo, há estudos que indicam que a litigância abusiva de um progenitor contra o outro compartilha características semelhantes à violência doméstica. Vide: Fitch, Emma; Eastel, Patricia. «Vexatious litigation in family law and coercive control: Ways to improve legal remedies and better protect the victims», 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318988044_Vexatious_Litigation_in_Family_Law_and_Coercive_Control_Ways_to_Improve_Legal_Remedies_and_Better_Protect_the_Victims>. Acesso em: 14 de maio de 2024.

casos de litigância abusiva; mas também em palco, onde outros sujeitos são utilizados como instrumentos nesta guerra: os filhos.

A obstaculização dos convívios; o incumprimento do convívio por parte do progenitor que não reside com a criança – que implica em verdadeiro abandono moral e afetivo; exigências desproporcionais de um progenitor ao outro; perseguições; a sujeição da criança ao testemunho de uma litigância abusiva de um progenitor contra o outro. O atraso contumaz no pagamento dos alimentos da criança, o uso das crianças como arma, seja através da vitimação vicariante, na qual a criança é agredida de forma direta para gerar desespero no outro progenitor, seja através de afastamento e alienação. Todas estas condutas são exemplificativas de situações relativamente comuns nos juízos da família, e que por vulnerabilizarem os direitos das crianças direta ou indiretamente envolvidas, podem configurar também abuso do direito por parte dos progenitores.

Para as crianças que se encontram no meio deste fogo-cruzado, o impacto é mesmo brutal. Estudos das áreas da psicologia e da sociologia revelam efeitos e consequências para as crianças, que podem se assemelhar à vitimação de uma violência direta. No entanto, as crianças expostas à violência interparental ocupam o espaço de vítimas “escondidas”, “esquecidas”, “desconhecidas” ou “silenciosas”, porque se verifica uma tendência a tratar o problema com foco nos adultos, na violência do casal, sem considerar-se devidamente as implicações que a vivência em um contexto familiar violento tem no ajustamento e no desenvolvimento da criança²⁰.

É justamente em razão do impacto profundo e prolongado do litígio familiar no desenvolvimento das crianças que se faz necessário analisar o cenário dos litígios interparentais também sob uma ótica de prevenção e proteção da criança, mesmo que a criança não esteja participando diretamente do conflito. E neste sentido, a figura do abuso do direito acaba por oferecer recursos jurídicos complementares, com vistas a mitigar os efeitos danosos destes conflitos e efetivar a prevenção e proteção aos direitos das crianças.

²⁰ Sani, Ana Isabel; Cardoso, Diana. «A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime». In: *Julgar Online*. n. 4. Lisboa: 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental>>. Acesso em: 18 de março de 2020, pp. 2-3. E acerca dos efeitos da violência direta e do testemunho da violência intrafamiliar para as crianças, vide: Sani, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*. Coleção Psicologia. n. 4. Coimbra: Quarteto, 2002, pp. 1-43.

O cerne da discussão do abuso do direito é a ideia de que o sujeito que detém determinado direito subjetivo e o poder de exercer este direito ou de exercer determinada posição jurídica, deve ser contido dentro de uma limitação para que não venha a causar mal a outrem. A questão do abuso do direito, portanto, envolve precisamente a análise dos limites (internos e externos) do exercício das faculdades jurídicas, tema este amplamente debatido²¹.

O exercício de qualquer direito ou posição jurídica que comprometa o gozo dos direitos de terceiros, ou que crie uma desproporção entre a utilidade de seu exercício e as consequências que terceiros tenham de suportar, acaba por ser enquadrado como abuso do direito²².

Para Menezes Cordeiro, o abuso do direito exprime “a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas, isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade”²³.

O artigo 334º do Código Civil determina que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. E para haver a incidência da norma do art. 334º do Código Civil, basta que se verifiquem como provados os competentes pressupostos²⁴. Contudo, no que tange a estes pressupostos, o dispositivo legal utiliza conceitos indeterminados, cuja densificação ficará à cargo da doutrina, o que cumpre brevemente mencionar.

Relativamente à boa fé, Menezes Cordeiro²⁵ contribui com concretude, quando leciona que: “Os “limites impostos pela boa fé” têm em vista a boa fé objectiva. [...] Teríamos, então, um apelo aos dados básicos do sistema,

²¹ Canotilho, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 201.

²² Rodrigues Bastos, Jacinto Fernandes. *Das relações jurídicas. Segundo o Código Civil de 1966*. Viseu: Tipografia Guerra, 1969, p. 10.

²³ Menezes Cordeiro, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in *agendo*. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 75.

²⁴ Menezes Cordeiro, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in *agendo*. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 119.

²⁵ Menezes Cordeiro, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, Lisboa, 2005, Acesso em: 10 de abril de 2020, Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>.

concretizados através de princípios mediante: a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente.”

A tutela da confiança, ainda nas lições de Menezes Cordeiro, diz respeito a garantir proteção jurídica à pessoa que seja levada a crer na manutenção de determinado estado de coisas, quando estiver à mercê de outra pessoa²⁶. Já a primazia da materialidade subjacente diz respeito à persecução dos valores materiais subjacentes às normas, podendo-se fazer, inclusive, um apelo a diversos princípios sistemáticos que exigem harmonia no funcionamento do ordenamento jurídico²⁷.

No que diz respeito à questão dos bons costumes, tem-se que se relacionam com a moral pública, com o conjunto de regras aceites pela consciência social. Corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social²⁸.

O fim social ou econômico do direito, por sua vez, é um conceito que invoca uma construção historicamente situada do direito em causa, dando valor à sua dimensão teleológica²⁹.

Conforme visto, as responsabilidades parentais assumem este caráter de poder-dever de cunho protetivo dos direitos da criança, e os poderes e deveres decorrentes das responsabilidades parentais necessariamente precisam ser exercidos de maneira legalmente conformada e com o fim último de garantir o superior interesse da criança. Neste sentido, a maioria da doutrina inclina-se a conceber as responsabilidades parentais como um poder funcional, composto de obrigações específicas, que não é apenas permitido, mas obrigatório, devendo o titular agir dentro de determinados limites³⁰.

Diante do exposto, é possível assumir que o princípio do superior interesse da criança corresponde a uma verdadeira restrição externa ao

²⁶ Complementa lecionando que esta confiança deve ser legítima, no sentido de ser pautada em elementos objetivos que sejam suscetíveis de criar uma crença plausível. Além disto, a pessoa deve ter dispendido energias materiais ou pessoais através de um investimento de confiança consistente. E por fim, a situação de confiança deve ser imputável ao sujeito que, por ação ou omissão tenha gerado essa confiança, sendo este o sujeito que deve, depois, respeitar a expectativa criada. Vide: Menezes Cordeiro, António. «A boa fé nos finais do século XX». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 56. Vol III. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1996, p. 897.

²⁷ A propósito, vide Menezes Cordeiro, António. «A boa fé nos finais do século XX», *op. cit.*, p. 898.

²⁸ Coutinho de Abreu, J.M. *Do abuso do Direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983, pp. 63-64. E no mesmo sentido: Menezes Cordeiro, António. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 241.

²⁹ Menezes Cordeiro, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», *op. cit.*

³⁰ Ferreira, Maria Elisabete. *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 129.

exercício de posições jurídicas dos adultos no contexto familiar, nomeadamente quando o que está em causa são os direitos da família e há crianças inseridas direta ou indiretamente nesta disputa, uma vez que o agir dos progenitores irá repercutir na esfera jurídica das crianças e em seu desenvolvimento, e portanto, naquilo que compõe o complexo de deveres previstos pelas responsabilidades parentais³¹.

É o que Moreira, em análise de uma decisão judicial sobre a exposição indevida de crianças em um programa televisivo, também explica, ao afirmar que: “[...] não sendo as responsabilidades parentais exercidas de acordo com o interesse dos filhos, o seu exercício é ilegítimo, por os pais incorrerem em abuso do direito.”³²

Portanto, ao se realizar uma leitura do artigo 334º do Código Civil à luz do superior interesse da criança, pode-se concluir que o exercício de posições jurídicas dos progenitores que viole o superior interesse da criança pode resultar de um ato abusivo, esteja esta criança em posição de disputa direta do direito pleiteado, ou seja a criança um terceiro relativamente à lide, que sofre os efeitos reflexos da disputa dos pais. Basta, para tanto, que se verifiquem como cumpridos os requisitos previstos pelo artigo 334º, o que poderá ensejar sua incidência e aplicação.

Proteção legal pelo instituto do abuso do direito: desafios e possibilidades

As situações mais evidentes de violação aos direitos das crianças já são bastante enfatizadas na legislação protetiva, que elencou os casos mais claros de violações, abusos e maus tratos, e estabeleceu as consequências jurídicas

³¹ Aqui adota-se a visão de Menezes Cordeiro, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 364, em consonância com a perspectiva de Canotilho, para quem “[A] moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternativa das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras quando na grelha analítica introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre princípios e regras no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da ponderação de direitos e de bens, irreduzível à fixação de padrões teóricos abstratos.” Vide: Canotilho, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado», *op. cit.*, p. 202.

³² Moreira, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos», *op. cit.*, p. 8.

para estes³³. Entretanto, a complexidade de situações jurídicas derivadas das responsabilidades parentais e também a complexidade da própria dinâmica dos litígios familiares pode gerar cenários em que as violações aos direitos das crianças não são tão claras, ou casos em que, embora sejam claríssimas, a criança não é parte da lide, e por esta razão, seus direitos não entram em debate e mantêm-se invisíveis, sem receber a merecida atenção.

A relação entre o comportamento interparental hostil e a violação dos deveres inerentes às responsabilidades parentais pode não ser imediatamente óbvia quando o alvo direto e aparente da conduta abusiva é o outro progenitor e não a criança. No entanto, o impacto indireto sobre a criança é um fator crucial a ser considerado. O progenitor que assim age, viola os princípios da parentalidade responsável e as normas que regulam o exercício das responsabilidades parentais, porque as responsabilidades dos progenitores para com seus filhos e o poder de interferência na esfera jurídica das crianças derivam precisamente das responsabilidades parentais.

Portanto, mesmo que a criança não seja o sujeito direto de uma agressão, o comportamento abusivo de um progenitor contra o outro em um litígio familiar, pode resultar em uma violação das responsabilidades parentais, por criar um ambiente familiar hostil e instável, que é prejudicial ao bem-estar e ao desenvolvimento da criança.

A integridade física e psíquica da criança, o pleno desenvolvimento baseado na garantia de educação, condições de segurança, higiene e saúde, no convívio com sua família nuclear e ampliada, são direitos que não podem ser suprimidos em decorrência de uma mera disputa entre seus progenitores. Quando estes direitos da criança entram em conflito com interesses legítimos dos progenitores, possuem primazia protetiva em decorrência do princípio do superior interesse da criança³⁴.

³³ Especialmente na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei nº 147/99, de 1 de setembro.

³⁴ A propósito, a Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2022, sobre a proteção dos direitos da criança nos processos de Direito Civil, Direito Administrativo e Direito da Família (2021/2060(INI)) descreve no considerando G, que: “em casa e num ambiente familiar, quando existem conflitos entre os pais, as crianças podem ser testemunhas de atos de violência, ao assistir a maus tratos sob a forma de atos de violência física, verbal, psicológica, sexual e económica contra pessoas de referência ou outras pessoas importantes no agregado familiar; considerando que este tipo de violência tem consequências muito graves para o desenvolvimento psicológico e emocional da criança; considerando que, por conseguinte, é essencial prestar a devida atenção a essa violência quando a audição da criança tem lugar no âmbito de processos de direito da família, a fim de garantir que o superior interesse da criança seja a consideração primordial”.

Deste modo, entende-se que é possível perquirir o abuso do direito quando do exercício de uma posição jurídica pelos progenitores, em uma relação estritamente interpaparental, resultar de forma reflexa ou indireta em uma situação de perigo para a criança, ou em incumprimento das responsabilidades parentais, ou até mesmo outras consequências mais sutis, mas igualmente danosas. Em outras palavras, é dizer que, havendo danos diretos ou indiretos para a criança decorrentes de um litígio interpaparental, pode-se lançar mão do artigo 334º do Código Civil para se verificar se há desequilíbrio no exercício dos direitos dos progenitores, a impactar de forma desproporcional as crianças envolvidas.

Assim, entende-se que nenhum progenitor estará no exercício regular de um direito próprio se, como resultado do exercício deste direito, colocar a criança direta ou indiretamente envolvido no litígio em uma situação de perigo ou de violação a direitos dos quais são titulares. Poderá também haver abuso do direito quando o comportamento hostil de um progenitor contra o outro vier a interferir na capacidade de o progenitor vitimado exercer seu papel paparental de forma efetiva³⁵.

Em suma, progenitores que adotam posturas formalmente lícitas um contra o outro, mas que excedem de forma manifesta os limites definidos pelo fim social ou econômico do direito exercido, ou que violem de forma manifesta a boa fé objetiva, e que isto acarrete, de maneira desproporcional, em prejuízos aos direitos das crianças envolvidas, estarão a agir com abuso do direito.

Entendendo o instituto do abuso do direito como uma possibilidade complementar de responsabilização, é possível ao progenitor vitimado, a outro responsável legal ou ao Ministério Público buscar medidas judiciais para cessar os comportamentos abusivos e proteger os direitos da criança.

As consequências do abuso do direito podem ser variadas, já que há atos abusivos não danosos, e há abuso do direito com resultados danosos potencialmente indenizáveis. Portanto, para além da potencialidade

³⁵ A este respeito, há evidências de que nas famílias onde ocorrem comportamentos interpessoais violentos, podem ocorrer outros problemas no funcionamento familiar que ultrapassam os episódios de violência, havendo uma tendência a que os adultos se tornem inconsistentes e adotem comportamentos inefetivos, diminuindo a responsabilidade às necessidades das crianças, incorrendo em negligência. Vide: Sani, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência...*, op. cit., p. 42. Destaca-se ainda que a litigância abusiva pode resultar em um custo financeiro que amplifica o empobrecimento das famílias, o que pode ter um efeito direto no sustento da criança.

indenizatória do abuso do direito, há ainda outras sanções ou consequências que podem ser verificadas, aferidas e adequadas ao caso concreto.

Muitas consequências dos atos abusivos já estão previstas na legislação específica protetiva à infância, especialmente na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo³⁶. Além disto, também é possível a responsabilização civil do progenitor que agir em abuso de direito, nos termos do Código Civil, seja após o atingimento da maioridade pela criança vitimada, seja por atuação do Ministério Público.

“[...] em Portugal, para além de ser possível recorrer-se ao MP, que tem como competência a defesa dos incapazes (art. 3º, nº 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público) e que poderia intentar uma acção em seu nome pedindo as já referidas providências adequadas (e uma eventual indemnização nos termos do art. 483º, n.º 1), ainda seria possível lançar-se mão das medidas de protecção previstas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo³⁷.

Diante da complexidade com a qual se desenrolam os conflitos familiares, parece evidente que o litígio familiar tem potencial de se transformar em um campo fértil para o abuso do direito, especialmente quando envolve crianças. Por esta razão, a se pensar em soluções e possibilidades, é necessário que todo o sistema de protecção se mantenha vigilante e proativo na identificação e intervenção em casos de abuso do direito nas disputas familiares, com vistas a minimizar o impacto dos conflitos interparentais na criança.

O reconhecimento do superior interesse da criança como um princípio orientador impõe aos juízes e operadores do sistema de protecção a responsabilidade de priorizar a protecção dos direitos das crianças em qualquer decisão que envolva conflitos parentais, mesmo naqueles em que as crianças não aparecem como partes na lide, e são atingidas apenas de maneira indireta³⁸.

³⁶ Lei nº 147/99, de 1 de setembro, com suas subsequentes alterações.

³⁷ Moreira, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos», *op. cit.*, p. 13.

³⁸ Nos termos do item 1, da Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2022, sobre a protecção dos direitos da criança nos processos de Direito Civil, Direito Administrativo e Direito da Família (2021/2060(INI)): “1. Solicita aos Estados-Membros que garantam que, em todos os processos relativos ao bem-estar da criança e à sua vida futura, os direitos da criança sejam respeitados, garantidos e aplicados na íntegra, que seja conferida a máxima prioridade ao superior interesse da criança e que este seja devidamente incorporado e aplicado de forma coerente em todas as medidas tomadas pelas instituições públicas, especialmente em processos judiciais, que tenham um impacto direto ou indireto nas crianças, em conformidade com o artigo 24º da Carta.”

A consideração da criança indiretamente afetada, e a aplicação de medidas preventivas e educativas, além das sanções legais apropriadas, são essenciais para coibir práticas abusivas e assegurar um ambiente familiar saudável e propício ao desenvolvimento infantil. Isso pode incluir a necessidade de se realizar avaliação psicológica do impacto das ações do progenitor sobre a criança, e a lançar mão na busca por medidas protetivas específicas para preservar o bem-estar psicológico e emocional da criança exposta, além do eventual direito à indenização.

O que também pode contribuir de forma importante para a compreensão, resolução e mitigação de efeitos nocivos dos litígios familiares, inclusive no sentido de oferecer alternativas que respeitem os direitos e as necessidades das crianças, é a colaboração interdisciplinar entre juristas, psicólogos, assistentes sociais, médicos e educadores. Além disto, manter uma capacitação contínua dos profissionais envolvidos, e implementar políticas públicas que fomentem a educação, a mediação e a conciliação familiar também se mostra eficaz, e tem o potencial de minimizar os impactos negativos dos conflitos familiares sobre as crianças³⁹.

A prevenção ao abuso do direito no contexto das famílias em litígio, portanto, não deve se restringir à aplicação de sanções legais ou a pleitos indenizatórios, mas deve ser conduzida de maneira ampla e multidisciplinar, englobando tanto a promoção de práticas conciliatórias e de mediação quanto o fortalecimento do apoio psicológico e social para as partes envolvidas. No entanto, é importante que não se negligencie a aplicação de sanções legais quando necessário. A imposição de penalidades para a litigância de má fé e outros comportamentos abusivos serve como um mecanismo de dissuasão, garantindo que o sistema de justiça funcione de maneira justa e equilibrada, e

³⁹ Também a este respeito, regulou a Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2022, sobre a proteção dos direitos da criança nos processos de Direito Civil, Direito Administrativo e Direito da Família (2021/2060(INI)), no item 9: “Recomenda vivamente que os Estados-Membros adotem uma abordagem multidisciplinar e criem serviços de aconselhamento e de apoio à infância facilmente acessíveis, de elevada qualidade, personalizados, gratuitos e financiados por fundos públicos — tanto dentro como fora dos tribunais — a fim de prestar, sempre que necessário, o apoio de profissionais formados, como médicos, psicólogos, profissionais qualificados em neuropsiquiatria infantil, assistentes sociais e especialistas em acolhimento de crianças, a fim de apoiar a criança da melhor forma possível em todas as fases do processo; [...]” E no item 10: “Solicita aos Estados-Membros que ministrem formações obrigatórias sobre os direitos e as necessidades específicas da criança aos juízes e outros profissionais da justiça, às autoridades responsáveis pela aplicação da lei, aos assistentes sociais, aos professores, ao pessoal das creches e a todas as outras partes envolvidas em processos judiciais e administrativos relativos a crianças [...]”

que o exercício dos direitos subjetivos dos progenitores não impacte de forma indevida nos direitos de seus filhos.

Conclusão

Este trabalho investigativo buscou averiguar as possibilidades de enfrentamento do litígio interparental abusivo, através do uso da figura do abuso do direito, considerando o reflexo negativo que o conflito familiar resulta para as crianças. As famílias em litígio enfrentam o importante desafio de buscar contemporizar os desejos e necessidades dos adultos com o superior interesse da criança. Corriqueiramente às cegas quanto ao impacto que produzem nos filhos, muitos pais em conflito interparental acirram hostilidades entre si durante as disputas judiciais, o que acaba gerando prejuízos profundos não apenas nos adultos envolvidos, mas principalmente nas crianças.

Ao realizar uma leitura do artigo 334º do Código Civil à luz do superior interesse da criança, conclui-se que o exercício de direitos dos adultos (nomeadamente p o exercício de direitos no âmbito de conflitos de família judicializados), que seja levado a cabo de forma a ultrapassar os limites da boa fé, dos bons costumes, do fim económico ou social ao qual este direito é prescrito, e que como consequência acabe por violar direitos das crianças direta ou indiretamente envolvidas, resultará em um ato abusivo. Isto porque embora o comportamento de progenitores litigantes, considerado isoladamente, até possa ser considerado adequado dentro dos limites de exercício que a lei confere, poderá resultar em um ônus desproporcional e desequilibrado aos filhos, que têm de suportar de forma intensa os efeitos da disputa dos pais.

A perpetuação dos conflitos entre os progenitores na qual se sobrepõe a malversação das responsabilidades parentais, implicará em maior ou menor medida, na violação dos direitos fundamentais das crianças, de modo que estes conflitos não apenas comprometem o bem-estar imediato das crianças, mas podem gerar consequências psicológicas duradouras, afetando seu desenvolvimento futuro e ajustamento social. O litígio interparental exercido com abuso do direito, portanto, não apenas agrava o conflito e prejudica o bem-estar dos envolvidos, mas especialmente das crianças, que merecem proteção jurídica especial.

A legislação portuguesa estabelece medidas para proteger os direitos das crianças em casos de litígio familiar, e a figura do abuso do direito pode ser uma ferramenta complementar de abordagem, especialmente porque nos casos de litígios interparentais nos quais as crianças são terceiros, seus direitos e suas necessidades não são tomadas em conta de forma clara como deveriam. É dizer: nas disputas judiciais mais acirradas entre os progenitores, frequentemente as crianças se mantêm em posição invisível e sem voz, apenas como vítimas indiretas dos resultados danosos destes conflitos.

Portanto, é dever dos pais agirem de forma consciente e colaborativa, evitando litígios desnecessários e buscando o diálogo como meio de resolver conflitos. A promoção da parentalidade responsável e do diálogo construtivo entre as partes é essencial para minimizar os impactos negativos do litígio nas crianças e fortalecer os laços familiares, mesmo em situações de separação. Quando as famílias não conseguem, por si só, enfrentar seus conflitos de forma construtiva, é preciso que o sistema de proteção e de justiça atue para assegurar a proteção dos direitos das crianças, ao mesmo tempo em que se busca uma maior conscientização sobre a necessidade de prevenir litígios abusivos.

Neste sentido, a educação e a disseminação de informações sobre os direitos e responsabilidades dos pais, bem como uma abordagem multidisciplinar, podem contribuir significativamente para a redução dos impactos de comportamentos abusivos e para a proteção da criança no contexto de famílias em litígio. Além disto, aplicar as sanções legais como consequência do abuso do direito, igualmente pode desencorajar a litigância hostil e o desequilíbrio no exercício de faculdades jurídicas.

Em última análise, a proteção dos direitos das crianças em casos de litígio familiar exigirá sempre uma abordagem ampla, que envolve não somente o sistema judiciário, mas também outras estruturas institucionais, e a sociedade como um todo. A conscientização, a educação e a promoção de práticas responsáveis por parte dos pais são fundamentais para garantir um ambiente saudável e estável para as crianças, mesmo diante das adversidades familiares. E diante da defesa desequilibrada de posições jurídicas, a figura do abuso do direito pode servir também como uma eficaz medida pedagógica e de restabelecimento do equilíbrio na questão jurídica em causa, como uma ferramenta de proteção do superior interesse da criança.

Referências bibliográficas

- BESSA DE MELO, Daniel. «O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334º do Código Civil Português». In: *Julgar Online*. Lisboa: outubro de 2020. Disponível em: <http://julgar.pt/o-abuso-do-direito-con-tributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/>. Acesso em 05 de setembro de 2021.
- CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direito da Família*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso do Direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983.
- CRUZ, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança.» In: AAVV. *Direito e Informação na Sociedade em Rede. Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação*. Porto, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.
- DIAS, Cristina. «A Criança Como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção.» In: *Revista Julgar*. n. 4. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008. pp. 87-101. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/46686>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.
- DUARTE, Lenita Lemos Pacheco. «Alienação parental no conflito familiar. A dimensão trágica dos conflitos na alienação parental: fragmentos da clínica.» In: AAVV. *Revista Lusobrasileira de Alienação Parental*. 7.ed. ago-nov. 2015.
- FERREIRA, Maria Elisabete. *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.
- FITCH, Emma; EASTEAL, Patricia. «Vexatious litigation in family law and coercive control: Ways to improve legal remedies and better protect the victims», 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318988044_Vexatious_Litigation_in_Family_Law_and_Coercive_Control_Ways_to_Improve_Legal_Remedies_and_Better_Protect_the_Victims>. Acesso em: 14 de maio de 2024.
- FRANZONI, Larissa. *O abuso do direito e responsabilidades parentais: reflexões a partir do superior interesse da criança*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/84848>. Acesso em 23 de maio de 2024.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GERSÃO, Eliana. *A criança, a família e o direito – De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p 15.
- GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades Parentais*. 3.ed. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A Criança e a Família. Uma Questão de Direito(s)*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- HOMEM, Tatiana Carvalho; et al. «Fatores protetores e de vulnerabilidade na adaptação emocional e académica dos filhos ao divórcio dos pais.» In: *Psicologia*. v. 23. n. 1. 2014. Disponível em: <<https://revista.appsiologia.org/index.php/tpsicologia/article/view/315/78>> Acesso em: 10 de maio de 2024.
- HORSTER, Heinrich Ewald; MOREIRA, Eva Sónia. *A parte geral do Código Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo; MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. *Lições de Direito de Família e Sucessões*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. Limongi França, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984.
- MENEZES CORDEIRO, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 65. Vol. II. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.
- MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX», In: Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, ano 56, vol. III, Lisboa, dez, 1996.
- MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» In: *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. Centro de Investigação em Justiça e Governação. Disponível em: <http://bit.ly/atas-ji-irrf-dwl>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PEDRO, Rute Teixeira. «A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família». In: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e MAC CRORIE, Benedita (coord.). *Pessoas, Direito e Direitos*. Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016, pp. 313-342.
- RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes. *Das relações jurídicas. Segundo o Código Civil de 1966*. Viseu: Tipografia Guerra, 1969, p. 10.
- ROSEMBER, Fúlvia; SUSSEL MARIANO, Carmen Lúcia. «A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões». In: AAVV. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, set-dez 2010, pp. 693-728. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&-pid=S0100-15742010000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 de janeiro de 2021.
- SANI, Ana Isabel; CARDOSO, Diana. «A exposição da criança à violência interpaparental: uma violência que não é crime». In: *Julgar Online*. n. 4. Lisboa: 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental>>. Acesso em: 18 de março de 2020.
- SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*. Coleção Psicologias. n. 4. Coimbra: Quarteto, 2002.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 21.ed. São Paulo: LTR Editora, 2003.
- TOMÁS, Catarina. «Direitos da criança na sociedade portuguesa: qual o lugar da criança?» In: AAVV. *Da investigação às práticas*, v. 2. n. 1, Lisboa: Escola Superior de Educação de Lisboa, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.25757/invep.v2i1.45>. Acesso em: 04 de março de 2021, pp. 118-129.
- TOMÉ, Rosa. «A Questão da Infância em Portugal: Um Século De(s) Proteção À Criança». In: AAVV. *Promoção e Proteção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 11. Acesso em: 19 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf
- UNICEF. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.
- UNICEF. *For every child, every right. The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/62371/file/Convention-rights-child-at-crossroads-2019.pdf>. Acesso em 19 de dezembro de 2019.

ESTABELECIMENTO DA AVOENGA¹: BREVES CONSIDERAÇÕES

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.7>

Mégane Gomes

Introdução – a relevância do vínculo avoengo

É reconhecida a importância dos avós no desenvolvimento das crianças e jovens. Conforme descreve o Tribunal da Relação de Lisboa, “os avós podem funcionar como verdadeiras fontes de transmissão de conhecimentos, vivências, afectos e formas diferenciadas de ver o mundo, o que servirá de lastro enriquecedor para o desenvolvimento, formação e bem-estar dos seus descendentes”². Na doutrina, o valor do contacto entre avós e netos é também unânime. Refira-se Rosa Martins que sublinha a importância crescente da figura dos avós, justificada pelo aumento da esperança de vida que permite a maior durabilidade das ligações inter-geracionais incrementada pela maior disponibilidade dos avós para prestar auxílio e participar na vida familiar, deduzindo, desta forma, a necessidade psicológica do relacionamento para ambas as partes³.

O ordenamento português reconhece a relevância da relação dos netos com os avós, nomeadamente com o artigo 50º do Código de Trabalho, onde prevê a possibilidade que um trabalhador falte, justificadamente, para prestar assistência ao neto (menor ou com deficiência ou doença crónica), em substituição dos progenitores⁴. Por outro lado (e especialmente revelador

¹ Diz-se avoenga a relação de parentesco entre avós e netos.

² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.10.2018, proferido no processo nº 195/15.9T8AMD-D.L1-2. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt

³ Martins, Rosa Cândido – *Direito de visita dos avós*. Revista Lex Familiae. ISSN 1645-9660. Ano 2, nº 3, 2005, pp. 141 a 148, p. 141.

⁴ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 258.

neste domínio), o artigo 1887º-A do Código Civil preconiza, desde 1995, a proibição dos pais privarem injustificadamente os filhos do contacto com os irmãos e ascendentes, atribuindo ao filho e aos ascendentes um direito próprio ao convívio⁵ de carácter pessoalíssimo, um direito bilateral e recíproco a ser exercido tanto pelos avós como pelos netos mas sempre no interesse da criança⁶, imposição da sua natureza de poder-dever familiar⁷. Evidencia-se a existência da consciência do benefício que uma criança retira da convivência com os seus ascendentes sem nunca descuidar da essência de todo o direito da filiação que reside no interesse da criança⁸.

⁵ As premissas do direito ao convívio podem ser delimitadas na jurisprudência francesa que, em 1857, no acórdão da *Cour de Cassation* de 8 de julho, reconhece um direito de visita dos avós posteriormente desenvolvido por outros acórdãos e consagrado pela lei em 1970 no artigo 371-4 do Código Civil que previa a proibição dos pais impedirem as relações pessoais entre o filho e os avós, salvo razões graves, e que veio a ser alterado em 2002, pela lei de 4 de março, para transformar o direito num direito do filho, determinado no seu interesse, e não dos ascendentes. A nova redação do artigo, com a menção do direito a “estabelecer relações pessoais” em substituição do direito de visita e correspondência é reveladora da maior amplitude atribuída ao preceito, mais representativa do conjunto de elementos que compõem este direito relacional. Questionou-se a consideração de o direito se alargar aos bisavós ou outros ascendentes ao que o tribunal de *Grande Instance de Paris*, numa decisão de 3 de junho de 1976, veio responder que sendo o fundamento o mesmo, é de aceitar a interpretação extensiva. Cfr., Martins, Rosa Cândido – *Direito de visita dos avós*, *op. cit.*, pp. 142 e 143. Este direito de convívio entre netos e avós está também presente em vários outros ordenamentos jurídicos. Jorge Duarte Pinheiro faz menção de alguns exemplos, para além da França, nos termos já expostos, aponta para os Estados Unidos da América, onde algumas leis federais preveem o direito dos avós contactarem com os netos. Na Alemanha, o artigo 1685º do BGB prevê o direito dos irmãos e avós ao convívio com o filho. Em Espanha, a partir de 1981, o Código Civil passou a prever o direito do filho às relações pessoais com os seus parentes, havendo uma alteração em 2003 (*Ley de 21 de noviembre*) para introduzir uma menção específica aos avós no atual artigo 160º. Na Itália, a previsão do direito do filho a manter relações significativas com os seus ascendentes surgiu apenas em 2006 no artigo 155º parágrafo 1º do Código Civil. Cfr., Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, *op. cit.*, pp. 262 a 269.

⁶ Nas palavras do Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 10.04.2018, proferido no processo nº 3382/11.5TBVFX-A.L1-1, “sem descurar que o direito de conviver só é plenamente eficaz se for exercido de forma recíproca, tem o mesmo de ser sempre ponderado em função do critério prevalecente do superior interesse da criança”. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt

⁷ Martins, Rosa Cândido – *Direito de visita dos avós*, *op. cit.*, p. 146.

⁸ Cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.04.2018, proferido no processo nº 3382/11.5TBVFX-A.L1-1, que remete o fundamento do direito de convívio entre avós e netos para as “relações afetivas existentes entre certos membros da família e do auxílio entre gerações”. Por outro lado, diz-nos o tribunal que “o convívio com os avós permite uma integração numa família mais alargada, promove a formação e transmissão da memória familiar e do sentido de pertença, fortalece recíprocos laços de afetividade, correspondendo, presumidamente, a um benefício em termos de desenvolvimento e formação da personalidade das crianças, direito que se encontra consagrado constitucionalmente”, deduzindo-se a profunda influência dos avós no crescimento do menor mas ressalvando que este direito ao convívio encontra os seus limites naquilo que constituir o interesse da criança, sendo que se os benefícios referidos não se verificarem o direito de visita dos avós deve ceder. Ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.10.2018, proferido no processo nº 195/15.9T8AMD-D.L1-2, onde se pode ler que “subjacente a tal normativo encontra-se a presunção ou princípio de que o convívio da criança com os ascendentes e irmãos é positivo e necessário para o desenvolvimento da sua personalidade, para o adquirir de conhecimentos e práticas enriquecedoras, ou seja, corresponde ao primado do seu superior interesse”, assim, em princípio, o convívio será concretização do interesse da criança. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponíveis em: www.dgsi.pt

Este direito ao convívio ou “direito de convivência” existe também num ordenamento próximo do nosso. A Constituição Federal brasileira consagra no seu artigo 227º um direito à “convivência familiar” não lhe estabelecendo nenhum limite, o que justifica a conclusão de Maria Berenice Dias no sentido da extensão do mesmo a todos os parentes, nomeadamente, os avós. Segundo a autora, e numa perspetiva que se acompanha, o preceito não só protege o direito da criança ao contacto com os familiares como abarca o direito recíproco dos avós relacionarem-se com os netos⁹. Com uma forte presença na doutrina e jurisprudência, o direito de visita dos avós foi finalmente formalizado legalmente no Brasil, em 2011, com a Lei 12.398, tendo sido introduzido no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Jorge Duarte Pinheiro entende que este convívio se baseia em dois aspetos, a própria relação de parentesco entre os interessados (parentesco de 2º grau da linha reta) e o “reconhecimento do papel dos avós para o desenvolvimento do menor e, designadamente, do seu contributo estabilizador e de apoio em situações de ruptura da vida em comum”¹⁰, referindo-se aqui a situações em que os avós constituem uma referência sólida em oposição ao ambiente instável provocado pela separação dos pais. Reencontramos o mesmo argumento nas considerações tecidas por Rosa Martins quanto às crenças do legislador espanhol subjacentes à consagração de todo um capítulo da *Ley de 21 de noviembre de 2003* à regulação do direito de visita dos avós no quadro dos processos matrimoniais, associados a situações de rutura familiar em que se mostra particularmente relevante o papel estabilizador dos ascendentes¹¹. Maria Berenice Dias dirige a sua análise e fundamentação ao aspeto afetivo das relações familiares, sublinhando o interesse da criança em estabelecer laços de afetividade com os seus parentes¹².

Os fundamentos apresentados para sustentar a relevância do relacionamento entre avós e netos reconduzem-se, de forma geral, a direitos de natureza constitucional, direitos de personalidade, como os direitos à identidade pessoal, à família, ao conhecimento das origens genéticas ou à história pessoal.

⁹ Dias, Maria Berenice – Manual de Direito das Famílias. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4756-0, p. 492.

¹⁰ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, op. cit., p. 272.

¹¹ Martins, Rosa Cândido – *Direito de visita dos avós*, op. cit., p. 147.

¹² Dias, Maria Berenice – *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 493.

Existe um verdadeiro e indiscutível reconhecimento do peso que a relação de avoenga assume na construção identitária e da mais-valia que constitui. Recorrendo a um exemplo simples mas representativo, uma pessoa que desconhece a identidade do avô, tem em falta toda uma parte da sua história e da sua identidade, podendo, justificadamente, questionar-se sobre essa parte da sua família e querer preencher os espaços em branco.

O problema surge quando se tem em consideração que o mecanismo previsto para colmatar essas omissões foi pensado apenas para o 1º grau de parentesco¹³ e que, por conseguinte, ultrapassado este ponto, não se protege os interesses (e direitos) que eventualmente existam.

Limitações ao reconhecimento judicial da avoenga

A legitimidade ativa da ação de investigação

A única forma de alguém ver juridicamente reconhecido um vínculo de ascendência que o ascendente não quis ou não pôde reconhecer voluntariamente é recorrendo ao instituto da ação de investigação de paternidade, que, como o nome indica, apenas permite estabelecer a paternidade. A legitimidade ativa pertence apenas ao filho para estabelecer a sua própria paternidade, não existe nenhum meio que permita que alguém possa estabelecer a paternidade de outrem mesmo que no seu próprio interesse, nomeadamente de um parente no 1º grau, estabelecendo, em consequência, a sua própria avoenga¹⁴.

¹³ Sobre o parentesco, este reflete um vínculo biológico pois são parentes as pessoas que “descendem uma das outras ou procedem de progenitor comum” distinguindo-se o parentesco em linha reta do parentesco em linha colateral, respetivamente (1580º, nº 1). A contagem do parentesco faz-se por linhas e por graus (1579º), a linha pode ser descendente ou ascendente (1580º, nº 2), paterna ou materna. O grau conta-se de forma diferente consoante estejamos perante uma linha reta ou colateral, na linha reta o grau corresponderá ao número de pessoas que formam a linha de parentesco, descontando o progenitor, na linha colateral será o número de pessoas que se contam subindo por um ramo e descendo por outro, excluindo o progenitor comum (1581º). O parentesco tem efeitos muito importantes em diversas situações, salientando-se os efeitos sucessórios (2133º, nº 1), a obrigação de alimentos (2009º), as responsabilidades parentais apenas no quadro da filiação (1877º e ss) e os impedimentos matrimoniais (1602º, alíneas a) e b), e 1604º, nº 1 alínea a)). Cfr., Coelho, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Vol. I, 5ª edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, abril de 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, pp. 43 a 49.

¹⁴ Pode ter aqui pertinência a consideração feita por Rafael Reis no sentido da dificuldade de harmonização do direito ao conhecimento das origens genéticas com outros direitos conflituantes que classifica como direitos “de realização hétero-excludente”. O autor entende que, por mais que se verifiquem esforços do legislador para alcançar um equilíbrio, um dos direitos prevalecerá sempre sobre o outro, havendo restrição e tendo, portanto, que se respeitar

Partindo do pressuposto anteriormente mencionado, segundo o qual os direitos que sustentam a importância da relação de avoenga são de natureza constitucional, a proteção jurídica dada àquela supunha-se forte e efetiva. No entanto, torna-se evidente que a lei não prevê os mecanismos necessários à defesa e realização do vínculo de parentesco em causa. Quando falamos de história pessoal, ou historicidade pessoal, falamos de um conjunto de pessoas, de relações, de momentos e de experiências com ligações profundas que moldam o sujeito, que fazem dele o que ele é, física e psicologicamente. Ao limitar o acesso à identidade dos ascendentes ao nível dos progenitores estamos a reduzir drasticamente o número de pessoas (e, conseqüentemente, de vivências) que intervêm na formação do indivíduo, diminuindo na mesma medida a riqueza da própria vida da pessoa.

Jorge Duarte Pinheiro considera que os direitos à identidade pessoal e à família não remetem apenas para o conhecimento e estabelecimento da paternidade e maternidade, estes “referem-se também ao parentesco na linha recta em 2º grau, pelo menos”¹⁵. Maria Berenice Dias vai mais longe, referindo um “direito à ancestralidade” que inclua vínculos “ao infinito no parentesco em linha reta”¹⁶. Nesta ótica, entendem os autores que a ausência de menção expressa nos artigos 1814º, 1818º, 1869º e 1873º não impedem que o neto tenha “legitimidade específica para intentar acção destinada a constituir a paternidade dos avós relativamente aos pais, ao abrigo de direitos autónomos à identidade pessoal e à constituição da família”, referindo a corrente doutrinária brasileira que, partindo do artigo 1606º do Código Civil brasileiro semelhante ao nosso regime, não afasta a hipótese de o neto intentar “em nome próprio uma acção “investigatória de ancestralidade””¹⁷.

É certo que conhecer a identidade dos pais assume uma relevância de tal forma crucial no desenvolvimento da criança (e do futuro adulto) que deve ser particularmente assegurado pela ordem jurídica, mas disto não se pode inferir que é a única referência que se deve assegurar. Pelo contrário, são inúmeras as provas da influência dos avós, tios ou primos no

o regime a que estas devem estar sujeitas. Cfr., Reis, Rafael Luís Vale e – O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3, pp. 138 e 139.

¹⁵ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças, op. cit.*, p. 259.

¹⁶ Dias, Maria Berenice – *Manual de Direito das Famílias, op. cit.*, pp. 489 e 490.

¹⁷ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças, op. cit.*, p. 259.

desenvolvimento pessoal, partilhámos com estas pessoas momentos determinantes na formação da personalidade, trazem-nos elementos de referenciação que os pais não podem suprir¹⁸.

Por outro lado, não é absurdo imaginar situações em que uma pessoa pretende preencher uma lacuna na sua árvore genealógica onde deveria constar o nome do seu avô ou bisavô. Pensemos, por exemplo, numa situação em que um indivíduo perde o seu pai ainda jovem, num momento em que não lhe é possível guardar recordações que lhe permitam, posteriormente, construir a sua história. Para preencher este pedaço de biografia, a pessoa pode recorrer aos seus avós, à família do seu pai, que são parte constitutiva da própria vida do progenitor. Ora, se a pessoa desconhece a identidade de um ou dos progenitores do seu pai, não poderá neles encontrar essa parte de si, sempre lhe faltará um fragmento de história. Apesar de cada vez mais se evidenciar uma diminuição do contacto com a família alargada em benefício do núcleo familiar esta não perde da sua significância e não pode ser simplesmente afastada¹⁹.

Numa perspetiva mais patrimonial, nesta mesma situação de desaparecimento do pai (ou dos pais), é de salientar a possibilidade de serem os avós, ou outros familiares, a assumirem a tutela da criança, não só quanto ao sustento, alimentação e habitação mas também no que respeita à formação e educação. Tem ainda particular relevância a questão sucessória, nomeadamente a posição jurídica de herdeiro da qual o neto, cujo pai não tem a paternidade estabelecida, não irá beneficiar e que é uma pretensão legítima, integrada por expectativas jurídicas reconhecidas e protegidas. Assumem, ainda, importância razões de saúde, no que respeita ao acesso ao histórico médico familiar, na prevenção e identificação de doenças hereditárias.

A ausência de previsão legal de meios de investigação e reconhecimento de ascendência para além da filiação constitui um entrave aos direitos ao conhecimento das origens biológicas e à identidade pessoal, impedindo os indivíduos de beneficiar do contacto e da convivência com os ascendentes,

¹⁸ A relevância das ligações descritas foi considerada pelo legislador em 1995 com a inserção do artigo 1887-A, protetor da relação entre avós e netos.

¹⁹ Jorge Duarte Pinheiro entende que o aditamento do artigo 1887º-A em 1995 é simbólico de uma “recuperação objectiva da família alargada”. Cfr., Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, op. cit., p. 271.

assim como das correspondentes prerrogativas que foram sendo expostas. Ora estes direitos não se coadunam com um regime que limita o seu âmbito de proteção aos casos em que um filho quer ver reconhecida a sua própria paternidade, o que é, conforme foi sendo dito, o regime que vigora em Portugal. Ao restringir a legitimidade para intentar ação de investigação de paternidade à pessoa do filho em relação ao seu pai restringe-se, na mesma medida, o direito à historicidade pessoal, limitando o seu alcance ao mero conhecimento dos progenitores, pois excluem-se, desde logo, as hipóteses de alguém estabelecer a paternidade de outrem (seus pais ou avós) para estabelecer a sua ascendência, exercendo, dessa forma, o seu próprio direito a conhecer as suas origens.

Existe uma efetiva restrição do direito ao conhecimento das origens genéticas, a sua proteção (por via da previsão dos mecanismos adequados à sua realização) no ordenamento jurídico português é pensada partindo de uma noção limitadora do direito, reduzido ao mero direito de conhecer e estabelecer os vínculos de filiação resultando numa circunscrição do conceito de família à “chamada pequena família”²⁰. A questão que se levanta agora reside em encontrar soluções para colmatar esta verdadeira lacuna legal.

Conforme previamente referido, encontramos na doutrina nacional e internacional considerações quanto à possibilidade de um alargamento da legitimidade ativa na ação de investigação de paternidade ao neto no exercício de um direito próprio baseado nos direitos pessoais à identidade pessoal e ao conhecimento das próprias origens²¹. Uma solução desta natureza equivaleria a preencher a lacuna existente por via da analogia uma vez que, de momento, a letra da lei não atribui expressamente legitimidade ao neto. Mecanismo previsto no ordenamento jurídico português, a analogia pressupõe uma similitude entre a situação prevista e a lacuna que se pretende colmatar, nomeadamente quanto aos direitos subjacentes que fundamentam a proteção jurídica. No caso em apreço, não restam dúvidas de que os direitos em causa são os mesmos – identidade pessoal, conhecimento das origens genéticas, família – ainda que, aceita-se, o nível de proteção exigido seja distinto. A necessidade de acautelar o estabelecimento da filiação é, de forma global, superior à de estabelecer a

²⁰ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, op. cit., p. 271.

²¹ Cfr. Dias, Maria Berenice – *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., pp. 489 e 490; Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, op. cit., p. 259.

avoenga. No entanto, esta não deixa de existir e de ser sustentada por direitos de ordem constitucional que requerem uma resposta da lei e uma solução do sistema para que possam ser devidamente acautelados.

A solução da aplicação analógica do regime da investigação da paternidade à investigação da avoenga, que voltará a ser analisada, encontra, porém, um entrave nos prazos previstos pelo artigo 1817º do Código Civil.

Os prazos de caducidade da ação de investigação

Prevê o ordenamento jurídico português, no âmbito da ação de investigação de paternidade, um prazo de caducidade de 10 anos após a maioridade ou de 3 anos após conhecimento de factos relevantes para a interposição da competente ação. Caso consideremos o alargamento por analogia da legitimidade ativa ao neto, este teria sempre como limite para a sua atuação o referido prazo, consagrado no artigo 1817º do nosso Código Civil. Acolhendo o mesmo prazo para o filho e para o neto (isto é, aceitando a sua constitucionalidade), resta determinar o seu decurso.

Referir o prazo à pessoa do filho (pai do investigador) inviabilizaria gravemente o direito do neto. Pense-se que, no fim do prazo, o seu pai teria 28 anos, não podendo aquele ser sequer maior de idade, esvaziaríamos a própria ação do seu sentido útil, sendo concedido ao neto um direito ilusório, que este dificilmente estaria em condições de exercer. A analogia deve ser, aqui, feita com muita atenção e ponderação da sua própria finalidade, garantindo-se que o neto tenha a possibilidade de investigar a sua avoenga na mesma medida que o filho pode investigar a sua paternidade, devendo, assim, contar-se o prazo em relação ao neto, o que, de qualquer modo, se retiraria da leitura do artigo 1817º que menciona o investigador. Sendo este, no nosso cenário, o neto, é a sua maioridade que dará início à contagem do prazo que lhe é aplicável, atribuindo-lhe, assim, um direito próprio, recortado nos mesmos moldes que o direito de investigação concedido ao filho.

O Tribunal da Relação do Porto no seu acórdão de 07 de outubro de 2021 afirma até a inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, “quando interpretada no sentido de que, aplicando-se à acção de investigação da avoenga,

esta só pode ser proposta durante a menoridade ou nos dez anos posteriores à maioridade ou emancipação, do progenitor do investigante”²².

Pode, portanto, ponderar-se a possibilidade da eliminação dos prazos de caducidade nesta matéria, abundantemente defendida pela doutrina ao longo dos anos, com argumentos no sentido da inconstitucionalidade dos referidos prazos²³.

Algumas soluções

Não sendo este um estudo intensivo, apenas frisaremos algumas soluções, doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e internacionais que entendemos oferecerem resposta às questões levantadas.

O exemplo macaense

O Código Civil de Macau, apesar de profundamente inspirado no Código Civil português, dele difere nesta questão essencial: o seu artigo 1677º, nº 1, *ex vi* 1722º, estabelece a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, podendo esta ser proposta a todo o tempo, sem limite temporal. No entanto, para se precaver de possíveis excessos ou abusos no exercício deste direito (preocupação principal dos defensores dos prazos de caducidade), o diploma prevê a possível aplicação de limites, quanto aos efeitos do estabelecimento, em duas situações. No seu artigo 1656º, nº 1, pode ler-se que os benefícios patrimoniais, nomeadamente sucessórios e de alimentos,

²² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7-10-2021, proferido no processo nº 3340/17.6T8AVR-A.P1. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt.

²³ Muito haveria a ponderar quanto aos prazos de caducidade da ação de investigação de paternidade e sua constitucionalidade, no entanto, por uma questão de brevidade e de forma a não divergir do assunto que nos ocupa, esta questão não será alvo de análise aprofundada. Sobre o assunto, cfr., entre outros, Cruz, Rossana Martingo – O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão. Cadernos de Direito Actual [em linha]. Vol. Extraordinário, nº 5, 2017, pp. 11 a 24. [Consult. 20 de junho de 2019]. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/130/77>. ISSN e 2386-5229; Oliveira, Guilherme de – Caducidade das ações de investigação. Revista Lex Familiae. ISSN 1645-9660. Ano 1, nº 1, 2004, pp. 7 a 13; Ribeiro, Joaquim de Sousa – A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 147º, nº 4009, março-abril 2018, pp. 214 a 238.

não se produzem para o proponente da ação quando esta seja intentada mais de quinze anos após o conhecimento dos factos que indiciem a filiação (este prazo não começa a correr enquanto o proponente não for maior ou emancipado) ou quando se possa deduzir que a intenção na base da propositura da ação seja a obtenção de vantagens patrimoniais. Entende-se que se a pessoa já tinha conhecimento de factos que indiquem a identidade do seu pai, não intentou, durante quinze anos a respetiva ação de investigação e vem, posteriormente, propô-la, as razões que motivaram esta tomada de decisão não são genuínas, na mesma linha de raciocínio feita quanto aos motivos patrimoniais. O regime tenta, assim, garantir o bom uso do mecanismo, em conformidade com o espírito e a finalidade do mesmo.

Muitas vezes elogiada pela doutrina e pela jurisprudência²⁴, esta solução oferecida pelo Código Civil macaense é uma manifestação da superior importância do conhecimento das raízes que deve ser sempre assegurado, face a preocupações (compreensíveis) de cariz patrimonial²⁵. Esta solução tem, ainda, face à simples aplicação do instituto do abuso de direito, a vantagem de ser determinada, ou seja, não deixa à sensibilidade do juiz a validação do preenchimento dos critérios do abuso de direito, definindo claramente os pressupostos de aplicabilidade da norma restritiva dos efeitos. É de frisar que o prazo previsto para a verificação dos efeitos patrimoniais, de quinze anos após conhecimento dos factos relevantes, é superior aos prazos vigentes em Portugal, de dez anos após maioridade ou emancipação ou de 3 anos após conhecimento de tais factos. No entanto, deve realçar-se que esta solução, para ser transposta no nosso sistema, obrigaria a uma mudança profunda do regime, nomeadamente por pressupor uma ausência de prazo para propositura da ação.

²⁴ Cfr., entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de abril de 2013, proferido no processo nº 187/09.7TBPR.P1.S1, de 21 de setembro de 2010, proferido no processo nº 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 486/2004, de 7 de Julho. [Consult. 23 de julho de 2019]. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

²⁵ Diz-nos o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão 21 de setembro de 2010, proferido no processo nº 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1, baseando-se na “Breve Nota Justificativa” do diploma que introduziu a norma no Código Civil Macaense, que com esta “pretendeu-se criar mecanismos que impedissem, em casos limite, os efeitos perversos resultantes da constituição tardiamente negligente do vínculo de filiação com propósitos de mero enriquecimento patrimonial” (...) permitindo a limitação dos “resultados indirectos que estariam normalmente associados à constituição do vínculo de filiação.” [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt.

Cristina Dias mostra-se favorável à criação de uma norma similar à do artigo 1656º de Macau (ressalvando que tal só seria útil se admitirmos a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, o que não é, pelo menos por enquanto, o regime em vigor em Portugal) que considera ser satisfatória na realização dos direitos a conhecer as origens e à identidade pessoal e no bloqueio do uso desviante do sistema como “instrumento de “caça à fortuna””^{26/27}. Levantando-se a questão da constituição de uma certa causa de indignidade, originada pelo exercício abusivo do direito, a autora relembra um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que considerou ser-se aceitável retirar a capacidade sucessória numa situação em que, apesar de não estarmos perante nenhuma causa de indignidade, o contrário seria ofensivo dos bons costumes e do fim social e económico do direito de suceder sendo “ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito”²⁸. Refere ainda a vantagem de uma norma especial, à semelhança do que analisamos no direito macaense, face à solução do abuso de direito, por ser menos imprevisível e não ofender a segurança jurídica²⁹. Opinião não partilhada por Guilherme de Oliveira por considerar que uma norma específica seria supérflua num sistema que “já consagra, orgulhosamente, uma norma geral sobre o “abuso do direito””³⁰. Rossana Martingo considera que uma solução semelhante à macaense “seria uma solução de concordância prática” entre os diversos interesses em causa e os argumentos a favor dos prazos de caducidade³¹. Por sua parte, Rafael Reis considera preferível não fixar um prazo do qual depende a produção

²⁶ Dias, Cristina – Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade. Cadernos de Direito Privado. ISSN 1645-7242, nº 45, Janeiro/ Março 2014, pp. 32 a 59, p. 58.

²⁷ As ações “caça-herança” ou “caça-fortuna” constituem um desvio da própria essência do regime da filiação, uma vez que são determinadas por motivações lucrativas, alcançadas sob o falso pre-??

²⁸ A situação que deu origem a esta decisão resume-se ao caso de um pai que violou a própria filha, de 14 anos e a obrigou a abortar aos 15 anos. Tendo cumprido pena de prisão pelos factos, a ofensa persistiu após a sua saída. O pai quis, à morte da sua filha aos 29 anos, exercer o seu direito de suceder, o que o tribunal considerou, conforme referido, um uso abusivo do direito. Cfr., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7-01-2010, proferido no processo nº 104/07.9TBAMR.S1. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt.

²⁹ Dias, Cristina – *Investigação da paternidade e abuso do direito, op. cit.*, p. 58.

³⁰ Oliveira, Guilherme de – Caducidade das ações de investigação. Revista Lex Familiae. ISSN 1645-9660. Ano 1, nº 1, 2004, pp. 7 a 13, p. 12.

³¹ Cruz, Rossana Martingo – O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão. Cadernos de Direito Actual [em linha]. Vol. Extraordinario, nº 5, 2017, pp. 11 a 24. [Consult. 20 de junho de 2019]. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/130/77>. ISSN 2386-5229. p. 23.

dos efeitos patrimoniais antes deixando “à prudente apreciação do julgador” a aplicação do abuso de direito³².

Aplicada no âmbito da legitimidade ativa, esta solução permitiria que qualquer descendente, desejoso de ver reconhecido e realizado o seu direito ao conhecimento das origens biológicas, pudesse intentar ação com vista a tal re- conhecimento, tendo, porém, que passar a sua pretensão pelo crivo da norma, garantindo-se a autenticidade e a finalidade do uso do sistema.

A (in)divisibilidade do estado

No entanto, da sua aplicação adviria uma consequência que merece menção e ponderação. Imagine-se um neto que decide intentar ação de investigação da sua avoenga aos 50 anos, ou seja, tendo passado largamente o prazo previsto, ou cujas pretensões sejam consideradas abusivas pelo julgador. Este veria o seu estado de neto estabelecido apenas na sua vertente pessoal, não se produzindo nenhum dos efeitos patrimoniais decorrentes do referido estado. Ora, tal entra em conflito com um princípio existente no nosso ordenamento jurídico referente ao estatuto resultante da filiação, o princípio da indivisibilidade do estado.

Estipula o princípio que o estado jurídico é composto por duas vertentes, cada uma com os seus próprios efeitos, uma dimensão pessoal e uma dimensão patrimonial, que se entendem indissociáveis, ou seja, a obtenção de um estado acarreta tanto a produção dos seus efeitos pessoais como patrimoniais. No contexto que analisamos, referimo-nos ao estatuto derivado da filiação, o estado de filho (ou de neto, ou de bisneto, ...) cujos efeitos constam de diversos artigos dos livros IV e V do Código Civil. O princípio referido implica que todos os efeitos que integram o estado se produzam aquando da aquisição do mesmo, ou seja, sendo-se filho de alguém tal vale tanto a nível pessoal como patrimonial. A solução macaense implica a divisibilidade do estado partindo, portanto, da premissa de que o direito em causa (direito ao

³² Reis, Rafael Luís Vale e – *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, op. cit., p. 212.

estabelecimento da sua ascendência) contém duas dimensões: uma dimensão patrimonial e uma dimensão não patrimonial ou pessoal³³.

A dimensão patrimonial diz respeito aos bens do pretense pai/avô/bisavô, à sua herança. Os direitos de natureza patrimonial pertencem àquele que é herdeiro, transmitindo-se, depois, aos seus próprios sucessores. Ora, se, por não ter intentado ação para o reconhecimento judicial de paternidade, determinada pessoa não adquiriu a posição de herdeiro, os direitos patrimoniais correspondentes a este estatuto não existem na sua esfera jurídica e não poderão, logicamente, ser transmitidos aos seus herdeiros.

A dimensão pessoal do direito ao estabelecimento da ascendência remete para os direitos à historicidade e identidade pessoal e ao conhecimento das origens genéticas. Estes direitos são direitos de personalidade, direitos pessoais, que, ao contrário dos direitos patrimoniais, nascem diretamente na esfera jurídica de cada um, não são herdados nem transmitidos. Como não dependem de um direito de outrem, são exercidos autonomamente, existem independentemente da ação ou inação de um terceiro. No caso em análise, o direito pessoal de alguém ver estabelecida legalmente a sua árvore genealógica existe por si só, não é afetado pela inação de seu pai/mãe, avô/avó, que não exerceu em tempo devido o seu próprio direito pessoal ao reconhecimento da sua ascendência.

A hipótese que se coloca consiste, então, na possibilidade de dissociação dos efeitos patrimoniais da filiação da obtenção do estado de filho, quando ocorre por impulso do neto ou bisneto. Por outras palavras, se uma pessoa intenta uma ação de investigação de paternidade do pai ou da mãe, com o objetivo de estabelecer a paternidade destes e, por este meio, a sua própria avoenga, poderá ver produzir-se os efeitos pessoais do estabelecimento mas não os efeitos patrimoniais (nomeadamente a aquisição do título de herdeiro). Apesar de parecer contrariar o princípio da indivisibilidade do estado familiar,

³³ Cristina Dias analisa a questão da duplicidade de dimensões da ação de investigação de paternidade, dizendo que esta direciona-se, para além do estabelecimento das origens genéticas, ao cumprimento de uma vertente patrimonial. Neste âmbito a autora refere os deveres resultantes das responsabilidades parentais mas também, e de forma mais pertinente para a questão em análise, os efeitos sucessórios com consequências na esfera jurídica dos sucessíveis já existentes. Cfr., Dias, Cristina – *Investigação da paternidade e abuso do direito*, *op. cit.*, p. 54.

esta hipótese é defendida por vários autores, como Jorge Duarte Pinheiro que entende que o princípio “não deve ser sobrevalorizado”³⁴.

Como prova do que afirma, o autor expõe exemplos, presentes na nossa lei civil, de exceções à indivisibilidade, os artigos 1603º e 1856º. O artigo 1603º, enquadrado nos impedimentos dirimentes ao casamento, prevê que a prova do parentesco (e o conseqüente reconhecimento) não produz qualquer efeito para além de impedir o casamento. Quanto ao artigo 1856º, que, para o caso, é de maior interesse, determina que a perfilhação de filho falecido só produz efeitos em relação aos descendentes do perfilhado, tendo como único objetivo o de evitar que a perfilhação seja usada apenas para obter benefícios de ordem sucessória³⁵. Paulo Nascimento junta outro exemplo em que a unidade do estado é afetada³⁶, o artigo 1819º, nº 2, consagra uma condição de legitimidade passiva que o investigador tem de respeitar se não quer que a sua posição sucessória seja afetada. De facto, se o investigador não demandar os herdeiros ou legatários do investigado, os efeitos da procedência da ação não lhes poderão ser opostos, nomeadamente os efeitos sucessórios que implicariam a consideração do investigador como herdeiro e a conseqüente diminuição do quinhão de cada um.

Assim, entende a doutrina e a jurisprudência, numa corrente que se acompanha, que os eventuais benefícios patrimoniais que alguém venha a obter, num uso desviante do mecanismo da ação de investigação, não podem minorar o interesse legítimo do filho em estabelecer a sua ascendência³⁷. Pode até referir-se que as motivações patrimoniais do investigador são legítimas, o vínculo de filiação engloba, na sua génese, efeitos de ordem patrimonial cuja

³⁴ Pinheiro, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 5ª edição. Almedina, Outubro 2016. ISBN 978-972-40-6763-6, p. 140.

³⁵ Pinheiro, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, *op. cit.*, p. 140.

³⁶ Nascimento, Paulo – *Procriação medicamente assistida post mortem: efeitos familiares e sucessórios*. In AA.VV. – *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 234 a 237, Apud Dias, Cristina – *Investigação da paternidade e abuso do direito*, *op. cit.*, p. 58.

³⁷ Cfr., Dias, Cristina – *Investigação da paternidade e abuso do direito*, *op. cit.*, p. 55.; Pinheiro, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*, *op. cit.*, p. 138. Os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de fevereiro de 2015, proferido no processo nº 4293/10.7TBSTS.P1.S1 e de 24 de maio de 2012, proferido no processo nº 69/09.2TBMUR.P1.S1, resumem a ideia numa formula sucinta, “a prevalência do ser sobre o ter”. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de setembro de 2011, proferido no processo nº 1167/10.5TBPTL.S1, pode ler-se “O motivo de ordem patrimonial que poderia estar presente na opção do legislador constitui-se perverso e de frágil consistência estrutural e sistémica para poder ser esgrimido contra valores e princípios essenciais da pessoa humana.” [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt

produção não depende da pureza de espírito do filho. Por outro lado, e como refere Joaquim Ribeiro, não se vislumbra a razão da diferença de tratamento entre as pretensões sucessórias do filho nascido fora do casamento, consideradas censuráveis, e dos filhos reconhecidos cuja proteção face às primeiras fundamentaria uma limitação do direito de investigar³⁸.

Recorrendo-se a uma cisão do estado, entende-se acautelar o direito à identidade pessoal, com todas as consequências a nível do conhecimento da ascendência previamente desenvolvidas, assim como o direito a constituir família, sem que exista impacto intolerável na segurança jurídica do investigado nem que se favoreçam pretensões censuráveis. Permitir que os efeitos pessoais se produzam desligados de vantagens patrimoniais assegura a genuinidade das pretensões daquele que intenta a ação. Se este não pode obter qualquer benefício patrimonial, a única razão pela qual irá enveredar pela via da ação de investigação será para colmatar o vazio da sua história familiar.

Apesar de se aceitar a possibilidade de divisibilidade do estado de filiação, deve mencionar-se uma outra possibilidade de propiciar o direito do neto ao conhecimento das suas origens, sem ofender os interesses em confronto e excluindo-se as ações “caça fortunas”, que consiste na supressão integral dos efeitos patrimoniais do reconhecimento das origens genéticas quando este seja feito por outra pessoa que o filho, uma vez que este já terá perdido tais direitos patrimoniais. Por outras palavras, tanto o neto, como o bisneto poderiam pedir o estabelecimento da sua avoenga ou bisavoenga no exercício de um direito próprio decorrente do direito à identidade pessoal, sem prazo, mas apenas com efeitos pessoais. Desta forma, assegura-se indiscutivelmente o direito ao conhecimento das origens genéticas mas manifesta-se como deficiência o desprezo pela vertente patrimonial intrínseca à natureza transmissora da filiação³⁹, levando a que um indivíduo, sem ter tido qualquer

³⁸ Ribeiro, Joaquim de Sousa – *A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 147º, nº 4009, março-abril 2018, pp. 214 a 238, pp. 232 e 232.

³⁹ De relembra que o estabelecimento da filiação, nomeadamente da paternidade, tem inerente, para além de aspetos pessoais, todo um conjunto de efeitos patrimoniais que não se podem descurar. Neste âmbito, “a investigação da paternidade não se destina (ou tem de destinar-se) a tutelar apenas um interesse «moral» do investigado, mas também um seu interesse «patrimonial». Decerto (e importa acentuá-lo sem qualquer equívoco), a tutela deste último interesse é inteiramente legítima”, consideração aplicável, por maioria de razão, à investigação de outro grau de parentesco. Cfr., Acórdão do Tribunal Constitucional nº 99/88 de 28 de abril. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

tipo de comportamento condenável, se veja reprimido e restringido nos seus direitos. Refira-se, contudo, que este sistema está em conformidade com a perda dos direitos patrimoniais que ocorrem na esfera dos ascendentes (por inação dos mesmos) e que, por isso, não podem ser transmitidos aos seus sucessores. Por outro lado, um regime com este conteúdo teria de ser construído *ab initio* pelo legislador.

A jurisprudência portuguesa – analogia legis

Importa referir que, não obstante a lei não consagrar inequivocamente a legitimidade de um neto para recorrer a ação de investigação no estabelecimento da sua avoenga (ou bisavoenga), a jurisprudência portuguesa já proferiu decisões favoráveis.

Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.06.2017⁴⁰ que se debruçou sobre a pretensão de um indivíduo de estabelecer a sua bisavoenga (paternidade de seu avô), recorrendo, para tal, ao mecanismo da ação de investigação de paternidade⁴¹. Julgada improcedente pelo tribunal *a quo*, o processo foi remetido para a Relação do Porto, que revogou a decisão recorrida e deu provimento à pretensão do autor.

Entendeu o Tribunal que a omissão de previsão do reconhecimento da avoenga ou bisavoenga não traduz uma proibição do neto requerer a identificação do seu avô ou bisavô, justificando-se pelo facto de tal proibição não resultar inequivocamente do texto da lei e reportando-se à *ratio legis* do sistema de estabelecimento da filiação que, considera, não se opõe ao reconhecimento judicial de outro vínculo que a paternidade/maternidade. Fazendo uma breve menção ao estabelecimento da paternidade/avoenga de outrem como resultado óbvio do estabelecimento da própria avoenga/bisavoenga, o

⁴⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-06-2017, proferido no processo nº 5829/16.5T8PRT.P1. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt

⁴¹ Cristina Dias analisou em profundidade o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.06.2017, oferecendo uma perspetiva distinta da apresentada pelo tribunal. Cfr. Dias, Cristina – *Estabelecimento da avoenga e bisavoenga – admissibilidade da analogia do estabelecimento da filiação?* – *Ac. do TRP de 26.6.2017*, P. 5829/16.5T8PRT.P1, anotado. Cadernos de Direito Privado. ISSN 1645-7242, nº 59, Julho/Setembro 2017, pp. 44 a 59.

tribunal frisa a possibilidade de conflitos de interesses⁴² mas retira-lhes importância. Num louvável percurso refletivo, o tribunal parte da ideia de que todo o direito subjetivo tem subjacente um interesse para concluir que o neto ou bisneto exerce, na situação dos autos, um direito próprio. Ora, defende o tribunal que “o que vale em relação aos progenitores vale em relação a outros ascendentes”, devido ao alcance do direito à historicidade pessoal que ultrapassa o grau da filiação. Por esta razão, ao pretender estabelecer a sua avoenga ou bisavoenga, o neto estará simplesmente a exercer o seu direito próprio à identidade pessoal ao qual sempre corresponderá uma ação destinada à sua realização (artigo 2º, nº 2, do Código de Processo Civil).

Deparando-se com a inexistência de qualquer menção, na lei, à situação que lhe foi submetida, o tribunal entendeu estar perante uma lacuna, mais precisamente uma lacuna teleológica, e para o seu preenchimento recorreu, como prescreve a lei, ao artigo 10º do Código Civil, aplicando ao estabelecimento da avoenga e bisavoenga o regime legal previsto para o estabelecimento da paternidade/maternidade por via de uma analogia *legis*, mais concretamente, de uma aplicação analógica dos artigos 1817º e 1869º. A leitura dos artigos deve, porém, ser feita num sentido que se encaixe às particularidades do caso, isto é, quando o artigo 1817º, que prevê o prazo de caducidade, refere o investigante e a sua maioridade como ponto de partida da contagem do prazo, deve considerar-se que se refere ao neto ou ao bisneto.

Levanta-se a questão do conflito de direitos e de interesses, pois uma pessoa que intenta ação para o estabelecimento da sua bisavoenga estará forçosamente a estabelecer a avoenga de seu pai/mãe e a filiação de seu avô/avó que poderão não querer que tal seja feito ou cujo direito a tal estabelecimento se encontre caducado. Ora entende o tribunal que o que está aqui em causa é o direito do bisneto ao estabelecimento da sua bisavoenga, um direito próprio que se distingue do direito da sua avó de estabelecer a sua paternidade, logo, a caducidade deste não implica a caducidade daquele. Com isto se atribui ao bisneto um direito próprio que ele exerce por si só, e que não é, nem pode

⁴² Referimo-nos, neste âmbito, à possibilidade de a pessoa de quem a paternidade se estabelece já ter falecido, ou, estando viva, não desejar ou não poder (por decurso do prazo e caducidade do seu direito) proceder ao reconhecimento da sua filiação.

ser, influenciado nem limitado pela caducidade do direito dos pais ou avós estabelecerem a sua filiação, nem pela inércia destas mesmas pessoas.

Relativamente à questão da instabilidade causada pela possibilidade de aparecer, em qualquer altura, um novo pretense herdeiro, o tribunal recorre à mencionada cisão do estado de filiação propondo que se conjugue o direito de alguém estabelecer a sua avoenga ou bisavoenga com a perda dos direitos patrimoniais operada na esfera jurídica do seu pai/mãe, avô/avó. Julga o tribunal que a dimensão pessoal do direito pode ser sempre exercida, desde que dentro do prazo do artigo 1817º aplicável por analogia, e, sobretudo, enquanto direito próprio de cada um (netos e bisnetos), o que não implica a produção de efeitos patrimoniais, visto estes decorrerem de direitos patrimoniais inexistentes por terem sido perdidos por terceiros (pais e avós).

Mas o Tribunal da Relação do Porto foi, entretanto, mais além nesta matéria, reconhecendo, em 2021, a ação de investigação de avoenga como uma ação autónoma, à qual nem sequer considera aplicável, por analogia, o regime da ação de investigação de paternidade mas sim o regime geral. Entende o Tribunal que não existe lacuna no sentido em que não existe “qualquer situação, substantiva e adjectiva, juridicamente relevante a carecer de preenchimento” uma vez que a ação de investigação de avoenga se encontra acautelada pelo regime geral⁴³. Podendo a pretensão jurídica subjacente ser apresentada em juízo em processo comum, não há necessidade de se lhe aplicar o regime especial da investigação de paternidade. Assim, no seu entendimento, o reconhecimento judicial da avoenga não depende do cumprimento do prazo previsto no artigo 1817º nem tão pouco da criação de um regime especial, podendo desde já, e ao abrigo do ordenamento jurídico atual, proceder-se ao estabelecimento judicial de relações de ascendência distintas da paternidade.

Conclusão

Conclui-se, portanto, pela existência de diversas soluções que permitiriam assegurar a possibilidade de estabelecer a avoenga, conferindo uma maior

⁴³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7-10-2021, proferido no processo nº 3340/17.6T8AVR-A.P1. [Consult. 15 de maio de 2024]. Disponível em: www.dgsi.pt.

proteção ao direito ao conhecimento das origens genéticas e à identidade pessoal do que aquela que lhes é atualmente concedida. Torna-se evidente a inevitável remodelação do regime da filiação nesta matéria. Este mostra-se desatualizado e inapto, na sua disposição atual, a acompanhar a evolução da mentalidade societária, surgem novas necessidades dos indivíduos de satisfação da sua curiosidade autobiográfica e situações que requerem resposta do sistema jurídico que este não pode (ou não quer) dar.

Referências bibliográficas

- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 5ª edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, abril de 2016. ISBN 978-989-26-1166-2.
- CRUZ, Rossana Martingo – *O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão*. *Cadernos de Direito Actual* [em linha]. Vol. Extraordinario, nº 5, 2017, pp. 11 a 24. [Consult. 20 de junho de 2019]. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/130/77>. ISSN 2386-5229.
- DIAS, Cristina – *Estabelecimento da avoenga e bisavoenga – admissibili-dade da analogia do estabelecimento da filiação?* – Ac. do TRP de 26.6.2017, P. 5829/16.5T8PRT.P1, anotado. *Cadernos de Direito Privado*. ISSN 1645-7242. Nº 59, Julho/Setembro 2017, pp. 44 a 59.
- DIAS, Cristina – *Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade*. *Cadernos de Direito Privado*. ISSN 1645-7242. Nº 45, Janeiro/Março 2014, pp. 32 a 59.
- DIAS, Maria Berenice – *Manual de Direito das Famílias*. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4756-0.
- MARTINS, Rosa Cândido – *Direito de visita dos avós*. *Revista Lex Familiae*. ISSN 1645-9660. Ano 2, nº 3, 2005, pp. 141 a 148.
- OLIVEIRA, Guilherme de – *Caducidade das ações de investigação*. *Revista Lex Familiae*. ISSN 1645-9660. Ano 1, nº 1, 2004, pp.7 a 13.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*. Lisboa: AAFDL, 2015.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 5ª edição. Almedina, Outubro 2016. ISBN 978-972-40-6763-6.
- REIS, Rafael Luís Vale e – *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade*. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 147º, nº 4009, março-abril 2018, pp. 214 a 238.

A PRÁTICA DA RESIDÊNCIA ALTERNADA DA CRIANÇA PÓS DIVÓRCIO EM PORTUGAL E NO BRASIL: AVANÇOS E CASOS PRÁTICOS

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.8>

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira

Notas introdutórias

O tema da residência alternada da criança após separação dos pais, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, tem repercutido em grandes discussões na seara do Direito de Família, atendendo ao anseio da sociedade em se garantir a manutenção do convívio e laços afetivos com o(s) filho(s) após separação conjugal.

Embora encontre respaldo na legislação de Portugal e do Brasil, como se verá logo a seguir, ainda se observa resistência em ambos os países em termos de aplicação da residência alternada ou dupla residência da criança pós divórcio. Como os Tribunais vêm se posicionando em relação à alternância de convivência do filho entre a casa da mãe e a casa do pai, de modo a garantir o direito da criança de ampla convivência familiar pós divórcio? O que diz a legislação sobre a residência da criança após a separação dos pais?

O presente artigo tem por escopo analisar brevemente as alterações legais ocorridas no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil atinentes ao tema da residência alternada (dupla residência) da criança pós divórcio/separação dos pais, além de demonstrar o posicionamento de Cortes de Justiça de ambos os países sobre esse arranjo familiar, de forma a contribuir com o debate desta temática afeta ao direito das crianças.

É importante mencionar que o ano de 2008 teve especial relevância para os dois países pois em Portugal houve a edição da Lei nº 61/2008, de

31 de outubro¹, a qual teceu profundas modificações no âmbito do divórcio e do exercício das responsabilidades parentais e, no caso do Brasil, introduziu-se pela primeira vez no ordenamento jurídico a figura da guarda compartilhada, através da Lei nº 11.698/08².

Para os fins deste trabalho, analisar-se-ão, primeiramente, as principais alterações legislativas ocorridas em Portugal no tocante à prática da residência alternada, passando-se, em seguida, ao exame do ordenamento brasileiro.

A Residência Alternada em Portugal: da Lei nº 61/2008 à Lei nº 65/2020

Visando a melhor compreensão do tema convém esclarecer o seu conceito doutrinário. De acordo com Maria Perquilhas, Juíza de Direito em Portugal e docente no Centro de Estudos Judiciários (CEJ) na área de Família e das Crianças, a residência alternada ou partilhada consiste no exercício da residência da criança de forma alternada ou rotativa com cada um dos progenitores, com os quais passa a conviver tempo aproximadamente similar ou igualitário, a possibilitar o desenvolvimento de “vivências comuns e o estabelecimento do quotidiano familiar e social estável com ambas as células familiares³”.

Sofia Marinho, Socióloga Portuguesa, Doutora em Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, identifica a prática da residência alternada das crianças pós dissolução conjugal como sendo a “(...)partilha entre mãe e pai de 33 a 50% do tempo de residência e do envolvimento continuado nos cuidados e na educação dos seus filhos e filhas(...)”⁴.

¹ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/61-2008-439097>. Acesso em 02.04.2024.

² Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em 02.04.2024.

³ Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

⁴ Marinho, Sofia, “A residência alternada e as transformações na família”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 13. É forçoso esclarecer não haver unanimidade na doutrina internacional no que diz respeito ao exato percentual de partilha de tempo entre os genitores, para ser considerada residência alternada ou dupla residência, havendo aqueles que entendem ser de pelo menos 25% o tempo de convivência, já outros no mínimo 50%, sendo certo que a literatura tende a valorizar mais a qualidade do relacionamento entre pai e filho, em detrimento da quantidade do tempo de convivência, conforme se depreende em *Shared Physical Custody and Children's experience of Stress*, por Jani Turunen, do Departamento

É imperioso esclarecer que tal arranjo familiar se distingue da “guarda alternada”, modalidade que não dispõe de previsão legal em Portugal ou no Brasil, em que a titularidade das responsabilidades parentais se alternaria conforme o filho mudasse de residência. A guarda alternada seria, portanto, o exercício unilateral das responsabilidades parentais com alternância de residência, caracterizando-se, nas palavras da nobre jurista portuguesa, Dra. Maria Clara Sottomayor,“(..)

pela possibilidade de cada um dos pais de- ter a guarda da criança alternadamente, de acordo com um ritmo temporal, o qual pode ser um ano escolar, um mês, uma semana ou parte da semana, detendo, cada progenitor, durante os seus períodos de estadia com a criança, a totalidade dos poderes-deveres integrados no conteúdo das responsabilidades parentais(...)⁵”.

Estabelecido o conceito de residência alternada, arranjo familiar que se insere na dinâmica do exercício conjunto das responsabilidades parentais pós-divórcio, convém adentrar no exame das principais mudanças ocorridas a partir da Lei Portuguesa nº 61/2008, de 31 de outubro, relacionadas à questão da residência do filho após divórcio, para se compreender a evolução legislativa até a edição da Lei 65/2020, de 04 de novembro⁶, responsável por incluir no Código Civil Português (CPP) a possibilidade da “residência alternada” do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dentre outros casos.

Buscando concretizar a noção de que as responsabilidades parentais não deverão ser afetadas pela dissolução do casamento nem pela separação dos pais, a nova redação dada ao artigo 1.906º, n1, do CPP pela Lei nº 61/2008, dispõe que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os genitores nos termos que vigoravam na constância do casamento.

Ou seja, diferentemente da redação anterior, que preconizava a necessidade de acordo dos pais para o exercício em comum das responsabilidades parentais, a alteração realizada pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, estatuiu

de Sociologia da Stockholm University Demography Unit (SUDA), in <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>. Consultado em 17.10.18.

⁵ Sottomayor, Maria Clara – *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-5588-6, p 74.

⁶ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/65-2020-147533134>. Acesso em 04.04.2024.

como regime regra o exercício comum independentemente de prévio acordo entre os pais⁷.

Com o advento dessa nova perspectiva inaugurada pela Lei nº 61/08, possibilitou-se à criança posicionar-se numa relação tendencialmente igualitária com cada um dos pais, sendo atribuída a estes últimos uma distribuição também mais equilibrada das responsabilidades parentais, ao ser consagrado o exercício conjunto como regime regra.

É de se ter por certo, contudo, ter a lei promovido distinção entre atos de particular importância e atos da vida corrente, tal como constava no Princípio 3:12 do Direito de Família Europeu relativos às Responsabilidades Parentais. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, coube à jurisprudência e à doutrina estabelecer o alcance da norma.

A jurisprudência, pois, define os conceitos de “actos de particular importância” e “actos da vida corrente”, como pode ser observado no processo sobre regulação das responsabilidades parentais n.º 897/12.1T2AMD-FL1-1⁸, em que o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu Acórdão em 02/05/2017, da lavra do Relator Pedro Brighton, ocasião em que se aduziu a dificuldade em se estabelecer em abstrato a delimitação entre os atos acima mencionados, uma vez que haveria uma ampla “zona cinzenta” integrada por atos intermediários os quais poderiam em tese ser qualificados como atos usuais, assim como de particular importância, tudo a depender dos costumes de cada núcleo familiar e de acordo com os usos da sociedade num determinado período histórico.

Acentuou-se, todavia, no referido *decisum*, que entre as questões de particular importância poderiam ser destacadas as seguintes: as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do genitor a quem foi confiado. Seriam, portanto, acontecimentos raros, em que os dois genitores teriam necessidade de cooperar apenas episodicamente,

⁷ Dias, Cristina M. Araújo, “Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei nº 61/2008, de 31 de outubro”, Coimbra: Almedina, 2008, p. 42.

⁸ Disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce? Consultado em 15.03.2024.) Consultado em 15.03.2024.

e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamariam à sua responsabilidade de pais.

Já os “actos da vida corrente” seriam as decisões referentes à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contatos sociais; o ato de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina. Ou seja, seriam decisões que devam ser tomadas com mais frequência e que terão de ser mais rápidas, de modo que ficariam na esfera do progenitor com quem o filho vive, sem necessidade de procurar o consentimento do outro.

Este último regime também será aplicável nas situações em que o filho se encontra com o progenitor com o qual não reside, possuindo esse pai certa margem de liberdade para tomar as decisões quotidianas e rápidas. Na verdade, trata-se de uma liberdade mitigada pois, na forma do art. 1.906º, nº 3, *in fine*, do CCP, esta liberdade de decidir fica condicionada às “orientações educativas mais relevantes” a que o filho se habituou, que são definidas pelo progenitor com o quem o filho passa mais tempo⁹. Prevê, ainda, o nº 4 do art. 1.906º do CCP, a legitimidade do progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente delegar a terceiros tais atos, consagrando-se, a *contrario sensu*, que os atos de particular importância não são passíveis de delegação.

Neste ponto, impõe-se suscitar alguns questionamentos a respeito das alterações promovidas pela Lei nº 61/08 no que diz respeito às responsabilidades parentais após divórcio, mormente no que se refere a essa divisão de papéis estabelecidas aos progenitores, pois embora se tenha fixado como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais, independente de acordo entre os pais, dando primazia ao princípio da igualdade parental, acabou-se por promover uma distinção infundada entre os mesmos ao estabelecer a necessidade de um progenitor residente, a quem caberia decidir as questões relativas aos atos da vida corrente do filho, devendo o outro progenitor, ou

⁹ Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Francisco de – *Curso de Direito de Família – Volume I. Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 794.

seja, não residente, ao exercer suas responsabilidades parentais, observar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente¹⁰.

Jorge Duarte Pinheiro também levanta críticas a esse respeito, ao aduzir haver apenas aparente correspondência entre o exercício comum das responsabilidades parentais que ocorre na constância do matrimônio e o exercício comum após o divórcio, já que, durante o período de vida em comum, qualquer um dos cônjuges teria o poder de tomar decisões relativas a atos da vida corrente do menor, contudo, quando se está diante de ruptura da vida em comum, tais decisões incumbem, em tese, a apenas um dos progenitores, ou seja, o progenitor residente.

Segundo o referido jurista português, o divórcio implicaria um padrão de exercício comum mitigado das responsabilidades parentais, adstrito às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos do nº 1 do art. 1.906º do Código Civil, o que o torna desigualitário e materialmente distinto, na medida em que a posição de um dos pais prevalece nitidamente sobre a do outro¹¹.

De fato, se a própria Constituição Portuguesa consagrou no art. 36º, nº 3, o princípio da igualdade entre os cônjuges, tanto no âmbito do direito material quanto no direito de filiação, estabelecendo a legislação civil, por conseguinte, caber a ambos os pais o exercício das responsabilidades parentais (art. 1.901º CC), porque a divisão entre progenitor residente e não residente? Porque atribuir a um dos progenitores, no caso, o progenitor residente, o poder de definir as orientações educativas que deverão ser praticadas e observadas em relação ao menor, colocando-o em uma posição de superioridade em detrimento do outro progenitor?

¹⁰ No que se refere ao conceito de residência, é de se ter por certo não estar regulado nas responsabilidades parentais, tendo o Código Civil Português remetido para o regime legal de domicílio previsto nos art. 82º e seguintes (Seção III – Domicílio). Para o caso das crianças, confira-se o teor do art. 85º, nº 1, que preceitua como domicílio do menor o lugar da residência da família e, se ela não existir, tem por domicílio do progenitor a cuja guarda estiver. Não se pode olvidar, entretanto, que o próprio art. 82º, nº 1, ao tratar do domicílio voluntário geral, dispõe ter domicílio a pessoa no lugar de sua residência habitual e, se residir alternadamente, em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. Ou seja, a possibilidade de criança possuir dois domicílios, onde viva alternadamente, é albergada pela legislação civil portuguesa, conforme se viu acima.

¹¹ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 294.

Entende-se que tais orientações educacionais, diante de sua flagrante relevância para o integral e melhor desenvolvimento do menor, deveriam ser decididas previamente em conjunto por ambos os progenitores.

Pois bem, em relação à residência do(s) filho(s) após a separação dos pais, a norma do art. 1.906º, nº 5, do CCP estatui que o Tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, levando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes, designadamente eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro¹². A intenção da lei em estabelecer a preferência pelo “progenitor amigável” objetivou a manutenção da relação de grande proximidade com o outro progenitor, considerando o poder de decisão do guardião físico (progenitor residente) na concretização do direito da criança em usufruir da presença e cuidados de ambos os pais e da sua família de origem¹³.

A Lei pois determinou ao Tribunal fixar uma residência para a criança, em conformidade com os seus interesses, além de definir o tempo de contato do filho com o progenitor com quem a criança não vai residir, oportunidade em que seriam definidos os direitos de visita do outro progenitor, dando-se relevância ao conceito de residência para significar o que seria a “guarda física”, ou cuidado do menor¹⁴.

A partir das disposições acima destacadas, depreende-se que a legislação portuguesa, ao mesmo tempo em que introduziu como regime regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, continuou claramente a prestigiar o antigo modelo até então

¹² Esse último fator tem inspiração da Lei da Califórnia, a qual também serviu de base para as alterações da legislação francesa, eis que foi pioneira na atribuição dos poderes de exercício conjunto das responsabilidades parentais. É o que se depreende do seguinte trecho do *California Family Code, Chapter 2. Matters to be considered in granting custody. Section 3040 (a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in Sections 3011 and 3020: (1) To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent (...)*. Disponível em <https://law.justia.com/codes/california/2007/fam/3040-3048.html>. Consultado em 06.04.2024.

¹³ Silva, Joaquim Manuel, “A residência alternada. O direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais” in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, Uma família parental, duas casas, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 177.

¹⁴ Oliveira, Guilherme de, “A ‘residência alternada’ em Portugal, segundo a Lei nº 61/2008”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, Uma família parental, duas casas, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 156.

vigente de residência habitual com um dos progenitores, cabendo ao outro direito de visita, ou seja, manteve a forma tradicional de residência da criança após divórcio.

Retoma-se ao mesmo questionamento anteriormente aduzido: se as responsabilidades serão exercidas em conjunto, porque há necessidade de ser fixada pelo Tribunal uma residência? Porque falar em “visitas”, direito este que se reporta à anterior situação de guarda exclusiva, quando na verdade, no âmbito do exercício em conjunto, o ideal seria falar em convivência? Afinal, pai não deve apenas “visitar” o filho, mas sim conviver com ele, e ter uma postura mais participativa em sua vida, o que não é possível num simples regime de visitas¹⁵.

Ao invés da nomenclatura “regime de visitas” que permaneceu mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 61/2008, melhor seria tratar como regime de convivências, o qual deveria ser estabelecido da forma mais ampla possível para oportunizar a vivência entre progenitor e filho¹⁶.

O art. 1.906º, nº 6, do CCP, ainda com a redação dada pela Lei nº 61/2008, estabelecia que, para aquele progenitor que não exercesse, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, a lei estabeleceria o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho. Ou seja, consagrou-se o direito do progenitor não guardião, total ou parcialmente, de ser informado pelo guardião sobre os aspectos relacionados ao exercício das responsabilidades parentais, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho, consagrando a necessidade dos pais em funcionarem como um casal parental, envolvendo-se ambos na educação do filho¹⁷.

¹⁵ O Juiz Paulo Guerra comunga deste mesmo entendimento, ao preferir utilizar a expressão “convívio” (ou em organização dos tempos da criança) em vez de falar em “visitas”, alegando assumir tal direito uma forte componente emotiva e uma carga afetiva que não se pode deixar de lado. Ver Guerra, Paulo, “*O regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais em Portugal*”, in Anciães, Alexandra e Agulhas, Rute e Carvalho Rita, *Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia*, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, pp. 45-46.

¹⁶ A título de comparação, ressalte-se que a legislação brasileira adotou expressão “períodos de convivência” ou “tempo de convívio” para os casos de aplicação de guarda compartilhada, utilizando a expressão “direito de visitas” apenas para os casos do pai ou da mãe em cuja guarda não estejam os filhos, conforme se vê, respectivamente, do art. 1.583, §2º, 1.584, §3º, e 1.589 do CCB.

¹⁷ Silva, Joaquim Manuel da – *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 52.

Chega-se, então, à última disposição do art. 1.906º do CCP, de nº 7, na antiga redação conferida pela Lei nº 61/2008, a qual sustentava claramente a flexibilidade das soluções anteriormente expostas, e buscava fomentar o amplo convívio do filho com os dois pais, ao prever que o Tribunal decidiria sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favorecessem amplas oportunidades de contato com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Até o advento da Lei nº 65/2020, é importante destacar que o nº 7 do artigo 1.906º do CCP se consubstanciava no sustentáculo jurídico para a implementação da residência alternada em Portugal, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na medida em que o Tribunal poderia homologar acordos nesse sentido ou até mesmo decidir um regime mais amplo de repartição do tempo de convivência com ambos os progenitores, com partilha das responsabilidades parentais¹⁸.

É o que se depreende do seguinte Acórdão do Tribunal da Relação de Porto¹⁹, em sede de processo de regulação das responsabilidades parentais:

“I – Sob o ponto de vista legal, designadamente à luz do disposto no nº 7 do artigo 1906º do Código Civil, nada obstaculiza a que, paralelamente com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, se fixe um regime de alternância de residência.

II – É possível estabelecer o regime da residência alternada mesmo contra a vontade dos progenitores, desde que essa solução se revele como a mais adequada ao interesse da criança de manter uma relação o mais próxima possível com ambos os progenitores, de molde a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe pode proporcionar.

III – Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os progenitores, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem (como, por exemplo, famílias com

¹⁸ Oliveira, Guilherme de, “*A ‘residência alternada’ em Portugal, segundo a Lei nº 61/2008*”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 162.

¹⁹ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/51de03ce50819de5802583bb00327012?OpenDocument&Highlight=0>

histórico de violência doméstica ou quando os progenitores residam em localidades distantes uma da outra), a residência alternada é a solução com melhor aptidão para preservar as relações de facto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os progenitores, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das suas responsabilidades parentais.” (Processo nº 22967/17.0T8PRT.P1, Relator Miguel Baldaia de Morais, Data do Acórdão 21.01.2019).

Havia, contudo, divergência jurisprudencial no tocante à necessidade ou não de existir acordo entre os pais para que o regime da residência alternada pudesse ser aplicado. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa de Acórdão, do Tribunal da Relação do Porto²⁰, em sede de regulação das responsabilidades parentais:

“I – O exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada não se pode confundir com a chamada guarda alternada.

II – A opção pela residência alternada só se justifica quando haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, exigindo-se ainda que essa solução defenda os superiores interesses da criança.

III – Sem o acordo dos pais e num quadro factual de conflito latente entre os progenitores, é desaconselhável fixar mesmo a título provisório, um regime de residência alternada.” (Processo nº 3852/18.4T8VFR-A.P1, Relator Carlos Portela, Data do Acórdão 24.10.2019).

Como se pode constatar, a lei portuguesa alberga dois regimes de residência para a criança após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens: a possibilidade de se fixar uma residência única, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, determinando a figura do

²⁰ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bad48978d-d8a951b802584b700424d04?OpenDocument&Highlight=0>

“progenitor residente” a partir dos critérios definidos no art. 1.906º, nº 5, ou a alternância de residências, em que a criança reside alternadamente com cada um dos progenitores, que partilham o tempo de convivência do filho, o que permite a todos a vivência e a construção de um quotidiano comum²¹. É certo que, nos casos em que for fixado o exercício unilateral das responsabilidades parentais, a residência será estabelecida tão-somente com o progenitor guardião.

Pois bem, nos casos em que for aplicada a residência alternada, entende-se ser desnecessária a indicação do progenitor residente, já que a criança passaria a viver com ambos, alternadamente, em períodos de tempos que não necessitam ser exatamente iguais, sendo relevante uma efetiva vivência e tempo suficiente com cada um dos pais, para que a criança possa desenvolver ou manter um verdadeiro quotidiano ou partilha de vida do dia-a-dia com ambos²².

Ademais, conforme elucidou a Juíza Maria Perquilhas, no tempo em que a criança vive com um dos seus progenitores, este é o responsável pela prática de todos os atos atinentes à satisfação de suas necessidades, ou seja, os atos da vida corrente, sendo responsável exclusivo pelo seu exercício, cabendo ao outro progenitor o direito de fiscalização, além de ter o direito a convivência com a criança, sendo ambos responsáveis e competindo aos dois a decisão relativa a questões de particular importância da vida da criança²³.

Na hipótese, portanto, de aplicação da alternância de residências, no contexto do exercício comum das responsabilidades parentais, é clarividente a equivalência de posição de ambos os progenitores, não havendo qualquer hierarquia na tomada de decisões do quotidiano da vida da criança, ou necessidade de um progenitor observar as supostas orientações educativas mais relevantes determinados pelo outro.

Contudo, é forçoso mencionar que, antes mesmo da alteração legal promovida pela Lei nº 65/2020, de 4 de novembro, havia quem defendesse que a lei impunha a fixação de uma residência habitual ao filho, o que sig-

²¹ Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

²² Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 pp. 68-69.

²³ *Ob. cit.*, p. 69.

nificaria uma proibição de um regime de residência alternada, tal como se constata das manifestações do Ministério Público nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de junho de 2012, de 28 de junho de 2012, de 18 de março de 2013e de 09 de maio de 2013²⁴.

Partindo do pressuposto que a criança necessita da convivência efetiva com ambos os progenitores para melhor se desenvolver, bem como que o importante para a mesma é a vinculação segura com os pais, foi promulgada a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, após grande discussão no Parlamento Português, tanto pela sociedade civil quanto membros do Poder Judiciário, Ministério Público, dentre outras instituições, sendo estabelecidas as condições em que o tribunal poderá decretar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, alterando o Código Civil, no sentido de conferir nova redação ao artigo 1.906º, n.º 6, e acrescentar n.º 9 ao referido dispositivo.

Eis a nova redação:

“O artigo 1906º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, na sua redação atual, passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 1906º

[...] 6 – Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.

– (Anterior n.º 6.)

– (Anterior n.º 7.)

– O tribunal procede à audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.”

²⁴ Respectivamente, Proc. 2526/11.1TBBRR.L1-1, Proc.33/12. 4TBBRR.L1-8, Proc. 3500/10.0TBBRR.L1-6, Proc. 1297/12.9TBBRR.L1-8, disponível em www.dgsi.pt. Consultado em 09 de abril de 2024.

Deve-se ressaltar que algumas das propostas inicialmente apresentadas à Assembleia Nacional Portuguesa sugeriam a alteração legal para incluir o regime da residência alternada como uma presunção legal, outros como um regime preferencial, e outros apenas como uma das possibilidades legais²⁵.

A Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, por exemplo, se posicionava pela alteração legislativa no sentido de ser acolhida a residência alternada como regime preferencial, conforme se observa nos Con- tributos para os Projetos de Lei 87/XIV (PS); 107/XIV (PSD); 110/XIV(CDS-PP); 114/XIV (BE) e 52/XIV (PAN), apresentados em 28 de janeiro de 2020²⁶.

Contudo, após o longo debate estabelecido no âmbito da Assembleia Portuguesa, optou-se por uma alteração legislativa mais conservadora, na opinião desta autora, na medida em que não foram acolhidas as propostas legislativas que pretendiam a inclusão da residência alternada como uma presunção legal ou regime preferencial, de maneira que foi mantida a possibilidade de fixação pelo Tribunal de uma única residência ao filho (art. 1906º, nº 5, CCP), e acrescentada a possibilidade da fixação da residência alternada do filho com cada um dos pais, quando tal correspondesse ao seu superior

²⁵ No que diz respeito à inclusão da residência alternada como presunção legal no direito português, houve a tramitação na Assembleia da República Portuguesa de 03 (três) pedidos de alteração do Código Civil nesse sentido, sendo o primeiro deles capitaneado pela Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos – APIPDF, através da Petição nº 530/XIII/3, protocolada em 17/07/2018, seguida do Projeto de Lei nº 1182/XIII, admitido em 26/03/2019, de autoria do Deputado do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) André Silva e, por último, o Projeto de Lei nº 1190/ XIII, admitido em 05/04/2019, de autoria do Grupo Parlamentar do Partido Socialista – PS, consoante informações obtidas no sítio eletrônico da Assembleia da República Portuguesa, disponível em <https://www.parlamento.pt/Paginas/UltimasIniciativasEntradas.aspx>. Em 30 de setembro de 2020, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República Portuguesa apresentou texto de substituição das seguintes iniciativas: Projeto de Lei nº 52/XIV/1ª (PAN), 87/XIV/1ª (PS), 107/ XIV/1ª (PSD), 110/ XIV/1ª (CDS-PP) e 114/ XIV/1ª (BE), com o escopo de alterar a redação proposta ao artigo 1.906º, nº 6, do Código Civil Português, para a seguinte forma: “6 – Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.” Ver processo parlamentar em <https://diariodarepublica.pt/dr/analise-juridica/ parlamento/65-2020-147533134>. Em 02 de outubro de 2020, na Reunião Plenária nº 9, foi aprovado o Texto de Substituição apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias relativo aos Projetos de Lei n.ºs 87/XIV/1.ª (PS), 107/XIV/1ª (PSD) e 110/XIV/1ª (CDS-PP), sendo importante mencionar que, durante o processo de tramitação na Assembleia Legislativa Portuguesa, houve diversas audiências públicas com entidades de âmbito nacional, tais como: Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direito dos Filhos, Instituto de Apoio à Criança, Associação Dignidade e Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, as quais contribuíram com o debate em relação à referida alteração legislativa. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/analise-juridica/ parlamento/65-2020-147533134>.

²⁶ Disponível em <https://igualdadeparental.org/associados-2/propostas-da-apipdf/parecerresidenciaalternada/>, acesso em 02.04.2024.

interesse e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, conforme nova redação dada ao artigo 1.906º, nº 6, do CCP.

Acerca da referida alteração legal, pontuou o Desembargador Diogo Ravara, da 7ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa, em sede de regulação das responsabilidades parentais, no âmbito do processo nº 394/21.4T8AMD.L1-7, o que segue:

(omissis) Como facilmente se alcança, a ideia inicial de consagração de uma presunção favorável à residência alternada foi abandonada, limitando-se o legislador a acolher a possibilidade de o Tribunal determinar a residência alternada, em moldes idênticos aos previstos no art. 40º do RGPTC, que já admitia que a criança fosse confiada a ambos os progenitores, se bem que utilizando linguagem mais clara.

Trata-se, por isso, de uma alteração meramente clarificadora e interpretativa(...)

Nesse mesmo julgado, o referido magistrado português enfrentou a temática da aplicação da residência alternada na hipótese de criança de tenra idade, concluindo que a circunstância de a criança ter pouco mais de um ano não obsta ao estabelecimento de um regime provisório de exercício das responsabilidades parentais que compreenda um sistema de residência alternada, contudo, em virtude das crianças desta idade ainda não compreenderem os conceitos de “ontem”, “hoje” e “amanhã”, a alternância da residência deveria, sempre que possível, adaptar-se a tal circunstância²⁷.

Diante do caso em concreto, decidiu-se por alterar o regime antes fixado, de alternância semanal, para adaptar-se a um regime de alternâncias inferiores a uma semana. Considerando que ambos os progenitores residiam em localidades próximas e próximas do infantário da criança, o equilíbrio necessário de convivência poderia ser obtido através de um esquema de alternância do tipo 2-2-3, em que a criança fica com um dos progenitores na 2ª e 3ª feiras, com o outro às 4.ªs e 5.ªs, e o fim-de-semana (de 6ª a 2ª feira) com o primeiro, invertendo-se a situação na semana subsequente.

²⁷ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/394-2021-190051675>. Acesso em 07.04.2024.

Confira-se o *decisum* mencionado:

(omissis) 4. Decisão

Pelo exposto, acordam os juízes nesta 7ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa em:

Julgar improcedente a presente apelação, na parte que diz respeito à impugnação a decisão sobre matéria de facto;

No mais, julgar a presente apelação parcialmente procedente, embora com fundamentação diversa, alterando o regime provisório de exercício das responsabilidades parentais fixado na sentença apelada, nos seguintes termos:

i. A redação das cláusulas I e IV passará a ser a seguinte:

“I-a) A L... residirá, alternadamente, com cada um dos progenitores, de acordo com o esquema semanal 2-2-3. Em consequência, a partir da semana subsequente à data em que as partes se considerarem notificadas do presente acórdão, passará a segunda e terça-feira com a Mãe (recolhendo a criança nas tardes de segunda e terça-feira à saída do infantário, e entregando-a no mesmo local nas manhãs de terça-feira e quarta-feira), a quarta e quinta-feiras com o outro (recolhendo a criança nas tardes de quarta e quinta-feira à saída do infantário, e entregando-a no mesmo local nas manhãs de quinta-feira e sexta-feira), e o fim-de-semana com o primeiro (de 6ª a 2ª-feira, recolhendo a criança na tarde de sexta-feira, no infantário, e entregando-a no mesmo local na manhã de segunda-feira), invertendo-se o esquema na semana seguinte; e assim sucessivamente.

A L... pernoitará em casa do progenitor com quem se encontre em cada momento.

O progenitor com quem a L... ficar em cada momento recolherá a L... no infantário que esta frequente, após o período das atividades escolares, e deixá-la-á no mesmo local na manhã do dia útil subsequente.

A L... deverá, a todo o momento, ter consigo, ou na mochila da escola a medicação de emergência de que necessita.”

(...)

IV-a) Cada um dos progenitores assegura o sustento da L... nos períodos em que a L... se encontra ao seu cuidado.

Ambos os progenitores suportarão, em partes iguais, as despesas médicas, medicamentosas, e escolares/infantário, relativas à L. ”

c) No mais, mantém-se inalterada a decisão recorrida.

Trata-se de tema delicado, devidamente enfrentado pela Corte de Justiça de Lisboa, em que houve o acolhimento da prática da alternância de residências, mesmo em caso de crianças com tenra idade, dando ênfase à garantia da criança de ampla convivência familiar pós divórcio.

Atualmente, portanto, pode-se concluir ter ocorrido grande avanço legislativo em Portugal no que se refere à incorporação em seu ordenamento jurídico da possibilidade de se estabelecer a residência alternada da criança, acolhendo os anseios da sociedade portuguesa que já praticava tal arranjo familiar pós divórcio, conquanto ainda albergue a legislação lusitana o costume tradicional de se fixar uma única residência para a criança, em geral materna, mesmo diante do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

A dupla residência da criança no direito Brasileiro

Em relação ao Brasil, a questão da fixação da residência do filho com ambos os genitores após a separação conjugal não é um tema pacífico nas Cortes Brasileiras, havendo poucos casos em que se aplica a alternância de residências da criança (residência alternada), no contexto da guarda física compartilhada, embora exista amparo legal para a sua efetivação.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que, até o ano de 2008, a única alternativa prevista na lei civil brasileira era a concessão da guarda unilateral àquele genitor que revelasse ter melhores condições de exercê-la, não havendo qualquer previsão para o compartilhamento pelos pais desta função. Ao pai ou à mãe que não exercesse o encargo da guarda do filho, garantia-se o direito de visitas, que geralmente ocorriam em finais de semanas alternados e em períodos de férias ou feriados.

Contudo, a experiência do arranjo familiar de guarda unilateral dos filhos após o divórcio/separação dos pais evidenciou como principal consequência o afastamento da convivência da criança com o genitor não guardião, além de ser uma modalidade de guarda que propicia insatisfações, conflitos

e barganhas envolvendo os filhos menores, além de possibilitar a ocorrência de alienação parental.

Dessa forma, na busca pela plena proteção do melhor interesse da criança é que foi positivada no direito brasileiro a Guarda Compartilhada, primeiramente em 2008, através da Lei nº 11.698/08²⁸ e posteriormente em 2014, através da Lei nº 13.058/14²⁹, a qual estabeleceu como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada, que deverá ser aplicada mesmo em caso de desacordo dos pais em relação à guarda dos filhos menores.

Em termos legais, o Código Civil Brasileiro – CCB dispõe sobre o significado de guarda compartilhada como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Mas não se trata apenas de compartilhar responsabilidades. O Código Civil Brasileiro dispõe ainda, que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (art. 1.583, §2º, do CCB³⁰).

A partir da leitura dos dispositivos acima, percebe-se claramente que o objetivo maior do compartilhamento da guarda da criança seria assegurar maior aproximação física e contato dos filhos com ambos progenitores, sendo a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, além da proporcionar uma vinculação mais estreita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que não se vislumbra numa simples visita ou em finais de semanas alternados.

Posto isso, é forçoso questionar: as Cortes brasileiras vêm incentivando a ampla convivência familiar pós divórcio, assegurando a prática da dupla residência da criança, em que ambos os pais continuariam compartilhando as responsabilidades parentais e continuariam a participar amplamente do cotidiano da criança, a partir da alternância de residências?

²⁸ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm. Acesso em 01.05.2024

²⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em 01.05.2024

³⁰ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 02.05.2024

Ao analisar julgados de diferentes Estados brasileiros, passados quase 15 anos da introdução no direito brasileiro da guarda compartilhada, percebe-se que a praxe judiciária, embora conceda a guarda compartilhada da criança, por acordo dos pais ou mesmo por imposição judicial, vem perpetuando a dinâmica da guarda unilateral, em que a criança permanece sob a responsabilidade de um dos pais, com quem reside, cabendo ao outro o suposto direito de visitas.

Ou seja, costuma-se estabelecer uma única residência habitual para a criança em processos de definição de custódia, sob o fundamento da garantia de estabilidade emocional do filho envolvido, acarretando como consequência a privação da convivência do outro genitor não residente com seu filho, além das consequências de ordem emocional que possam advir dessa separação.

É preciso deixar claro, desde logo, que a lei brasileira nada dispõe acerca da necessidade de fixação de uma residência habitual para o menor. Ao contrário, há expressa disposição no sentido de ser necessário haver um equilíbrio no tempo de convivência dos filhos com ambos os genitores, evidenciando a intenção legal, portanto, em possibilitar a dupla residência da criança pós-divórcio com ambos os genitores (guarda física compartilhada).

Quais seriam, então, os principais argumentos utilizados pelos profissionais do direito para insistirem na fixação de apenas uma única residência da criança após o divórcio dos pais e desestimularem a alternância de residência da criança? Estariam baseados em estudos científicos?

Ao estudar as razões que fundamentam as decisões judiciais para se fixar a residência habitual da criança percebe-se que estas não são pautadas por questões jurídicas, mas, principalmente, em premissas não embasadas em estudos científicos, alegando-se uma suposta garantia de estabilidade emocional da criança, pois pressupõem que a alternância de lares pode causar confusões psicológicas para a criança, a qual perderia o seu referencial de moradia, conforme se pode conferir da seguinte ementa de julgamento:

O regime pretendido pelo recorrente acaba por se confundir com o da guarda alternada, nesse tipo de regime os filhos residem de forma fracionada, com cada um dos genitores por determinado período, sendo, todavia, desaconselhada a sua utilização pela jurisprudência pátria em razão da ausência de estabilidade, criação de rotina e hábitos. Destarte, a alternância de lares, com tempo de convívio igualitário dos filhos com os

pais acaba por ser prejudicial à rotina da infante, dada sua pouca idade, apenas 08 anos.”

(Processo: 0012905-42.2015.8.06.0075/50000 – Agravo Interno Cível, Relator Emanuel Leite Albuquerque, publicado em 24.11.2021.

Há casos judiciais, inclusive, em que houve a intervenção de equipe multidisciplinar, atestando que criança possuía vinculação afetiva tanto materna como paterna e que estava bem acostumada aos dois lares.

Mesmo assim, prefere-se fixar a residência da criança com apenas um dos genitores, criando-se um fator de distinção entre os pais inexistente em nossa legislação, maculando o princípio da igualdade parental. Ademais, a fixação da residência habitual com apenas um dos genitores possibilita a ocorrência de alienação parental, já que o suposto genitor residente se sente com maior ingerência em relação às decisões da vida da criança.

Estabelecer uma única residência habitual do menor após divórcio dos pais, quando os dois possuem condições de conviver e exercer os cuidados dos filhos de forma igualitária, é deixar de priorizar o princípio da ampla convivência familiar com os dois genitores, o qual encontra guarida no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Não teria a sociedade brasileira acolhido verdadeiramente a guarda compartilhada? O que vem impedindo a efetivação desse direito fundamental da criança ampla convivência familiar?

Embora não existam estudos de grande escala no país que tenham endereçado esta questão, após analisar acórdãos de diversos Estados Brasileiros, bem como diante da experiência desta autora como Defensora Pública do Estado do Amazonas, titular de núcleo/setor de Mediação Familiar, percebe-se que houve acolhimento pela sociedade brasileira da essência da guarda compartilhada, sendo constatados em muitos casos judiciais e extrajudiciais o compartilhamento por ambos os pais não só das responsabilidades parentais mas sobretudo da convivência com os filhos em comum.

Entretanto, embora a dinâmica familiar da dupla residência da criança seja uma realidade que cada vez mais cresce, infere-se que um dos primeiros obstáculos encontrados para a maior incidência da guarda física compartilhada vem dos próprios profissionais do Direito, ao emitirem pareceres pela não homologação de acordos que propõem a alternância de residências, por entenderem que tal demanda se trata de guarda alternada.

Membros do Ministério Público alegam em suas manifestações, em termos gerais, a necessidade de adequação das cláusulas do acordo, para que se indique “lar/residência de referência” da criança, com a justificativa de ser mais adequado para a criança, do ponto de vista emocional e psicológico, sob pena de se estar maculando o princípio do melhor interesse da criança. Contudo, não apresentam qualquer evidência científica de que a alternância de lares (dual residence) seria prejudicial aos filhos, ou não se embasam em relatório psicossocial que tenha eventualmente evidenciado que a guarda física compartilhada, naquele caso em concreto, possa ser prejudicial à criança. Ao contrário, partem do pressuposto de que a alternância de lares, em abstrato, é um arranjo familiar prejudicial ao menor.

O que se percebe, no Brasil, é que embora a legislação tenha sido alterada, inicialmente em 2008 e depois em 2014, para introduzir no ordenamento jurídico a guarda compartilhada, tal instituto jurídico não foi acolhido em sua plenitude pelos agentes jurídicos, os quais demonstram em seus posicionamentos desconhecerem os resultados positivos dos diversos estudos científicos já publicados internacionalmente em relação à tal temática, que apontam variados benefícios à saúde e bem estar dos menores, além de confundirem com o instituto jurídico da guarda alternada, o qual não é aceito no Brasil.

É preciso destacar, novamente, que a guarda alternada pressupõe o exercício exclusivo do poder familiar por um genitor durante determinado período, findo o qual haverá a alternância de residências do filho, quando então o exercício do poder familiar passará a ser exclusivo do outro progenitor. Ou seja, alterna-se a residência e, de modo exclusivo, o poder familiar.

A legislação brasileira não acolheu tal modalidade de guarda, uma vez que o artigo 1.634 do CC garanta a ambos os genitores, independente do estado conjugal, o exercício do poder familiar em conjunto.

Ora, o Código Civil Brasileiro foi alterado em 2014 (Lei nº 13.058/14) com o objetivo de incentivar a igualdade parental e proporcionar aos filhos o maior contato possível com ambos progenitores, ao estabelecer a guarda compartilhada física, dando a possibilidade à criança de residir com os dois pais após a separação conjugal.

Não faria sentido, portanto, alterar-se a lei no sentido de estabelecer uma divisão equilibrada do tempo de convívio do filho entre o seu pai e a sua

mãe e, na prática, as decisões judiciais estabelecerem uma única residência habitual para a criança e um regime de convivência com o outro progenitor.

Essa prática, salvo melhor juízo, em quase nada se distingue da fixação da guarda unilateral, regime que, no Brasil, pressupõe que ambos os pais possuem o poder familiar conjunto, contudo, a criança reside apenas com o guardião, cabendo ao outro um regime de visitas.

Embora o cenário nacional evidencie a não aceitação da guarda física compartilhada pela grande maioria dos juízes e membros do Ministério Público no Brasil, muito provavelmente por desconhecimento dos resultados dos estudos científicos sobre as consequências da guarda compartilhada no bem estar das crianças, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas³¹, no âmbito de sua atribuição legal de realizar acordos extrajudiciais, vem promovendo a diss minação das ideias de coparentalidade em seus atendimentos, bem como da importância da participação conjunta do pai e da mãe no cotidiano da criança, e vem aplicando a alternância de residência da criança nos acordos de guarda compartilhada.

A partir da utilização de técnicas de Mediação Familiar, em que um terceiro imparcial conduz o diálogo entre as partes, com o objetivo de alcançarem um acordo que satisfaça os interesses das crianças envolvidas e, conseqüentemente, da família que está passando pelo divórcio/separação conjugal, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas vem realizando acordos extrajudiciais que envolvem a prática da alternância de lares, adequando arranjos de convivência pós divórcio à realidade de cada família envolvida, sem fazer qualquer distinção entre os genitores quanto a direitos e deveres.

O objetivo do atendimento prestado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, órgão estatal cujo missão constitucional é prestar assistência jurídica gratuita à população em situação de vulnerabilidade social, é transmitir aos pais a ideia de que ambos são igualmente responsáveis pelo desenvolvimento e cuidados diário dos filhos menores, não havendo necessidade de se estabelecer uma única residência de referência aos filhos menores,

³¹ Art. 134 da Constituição do Brasil de 1988: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

ao contrário, prima-se pelo equilíbrio da convivência das crianças tanto com o pai quanto com a mãe.

Ressalte-se que até mesmo acordos firmados pela Defensoria Pública, em que houve o estabelecimento da guarda física compartilhada, ocasião em que os próprios pais distribuíram o tempo de convivência dos filhos de forma igualitária na medida das suas possibilidades, foram objeto de impugnação por Membros do Ministério Público, bem como do Poder Judiciário, pelo simples fato de não ter sido indicada a suposta residência habitual do menor, levando os genitores a recorrerem da decisão para terem resguardado o seu direito de ampla convivência familiar.

É de se ter por certo haver casos em que a dinâmica da guarda física compartilhada (dupla residência) não será possível no caso concreto, por razões relacionadas à violência doméstica, abuso infantil ou negligência, diante da longa distância entre as residências dos genitores, ou mesmo quando os pais residam em cidades diferentes. Nesse último caso, aplica-se apenas a guarda legal compartilhada, em que ambos os genitores possuem os mesmos direitos e deveres em relação à criança, mas a lei brasileira determina que seja eleita uma “cidade base de moradia” da criança (art. 1.583, §3º, do CC).

O avanço nas discussões da temática da guarda física compartilhada, seja através de manifestações processuais ou de posicionamento de juristas de âmbito nacional que se debruçam sobre a matéria, vem sendo observado em grandes Tribunais brasileiros, tais como São Paulo, Rio de Janeiro, e Rio Grande do Sul, onde se observam acórdãos que acolhem integralmente acordos que estabelecem a guarda física compartilhada com a dupla residência da criança, prezando-se pelo direito fundamental da criança de ampla convivência familiar.

É o que se pode constatar dos julgados abaixo firmados: Regulamentação de Guarda. Decisão que deixou de homologar acordo realizado entre as partes. Desacerto. Recorrentes que propuseram regime de guarda compartilhada com dupla residência da criança, com intuito de consolidar situação de fato. Guarda compartilhada com dupla residência não se confunde com guarda alternada. Participação conjunta dos pais de todos os atos relevantes à vida do filho comum, com divisão de tempo e estabelecimento da residência dupla da criança, sem qualquer óbice legal, segundo se depreende da leitura do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil. Pais moram na mesma cidade e apresentam

excelente relacionamento. Inexistência de razão para o Estado juiz interferir no acordo e impor aos pais regime de guarda que não desejam e não atende aos interesses do filho. Melhor interesse do menor preservado. Homologação do acordo na origem. Recurso provido.”

(TJ-SP – AI: 20878182420218260000 SP 2087818-24.2021.8.26.0000,

Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 19/07/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/07/2021)

Apelação cível. Família. Ação de Acordo de Guarda, Alimentos e Convivência. Guarda Compartilhada com Alternância de Lares.

Desnecessidade de apontar a residência-base. Manutenção da decisão.

Hipótese que melhor atende ao interesse da criança. Relação harmônica dos genitores e decisão embasada em laudo neuropsicológico que aponta os benefícios à manutenção da dinâmica adotada e homologada judicialmente. Embasamento teórico, doutrinário e orientação jurisprudencial superior que ratificam o posicionamento adotado. Recurso desprovido. Apelação cível nº 5111669-13.2020.8.21.0001/rs, 7ª câmara cível do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul, relator juiz de direito roberto arriada lorea, publicação em 25.08.2021.

Estaria o Brasil entrando numa nova fase de aplicação da guarda compartilhada?

Talvez os posicionamentos acima possam indicar o início de uma nova fase de aplicação da guarda compartilhada no Brasil, com o acolhimento da guarda compartilhada em sua modalidade mais ampla: a guarda física compartilhada, na qual se insere a prática da dupla residência da criança pós divórcio.

Pode parecer sutil tal mudança de postura, mas revela, na opinião desta autora, um amadurecimento das Cortes Brasileiras no sentido de incluir verdadeiramente nas decisões judiciais o princípio da coparentalidade, uma vez que o exercício da parentalidade não se faz apenas de modo virtual, pela tomada de decisões em conjunto, mas se expressa pela efetiva participação conjunta e convivência da criança com ambos os pais.

Conclusão

Em suma, como se pôde observar do presente artigo, a questão da dupla residência da criança após a separação dos pais é um tema imbuído de controvérsias que necessitam urgentemente serem esclarecidas e debatidas, tanto em Portugal como no Brasil, entre todos aqueles profissionais que lidam com os direitos das crianças.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que, embora a legislação tenha evoluído no sentido de incorporar princípios como a coparentalidade, igualdade parental, bem como o direito à convivência familiar, tendo determinado expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com o pai e com a mãe, após a separação conjugal, erigindo a guarda compartilhada como regime regra a ser adotado quando ambos os progenitores se encontrarem aptos ao exercício do poder familiar, tal orientação não encontra ressonância no aspecto da residência da criança, eis que se insiste na fixação de uma residência habitual para o filho, em geral com a mãe, estabelecendo, em contrapartida, regimes de convivência com o outro genitor, circunstância que pouco difere do regime da guarda unilateral, com fixação do direito de visitas ao não guardião.

Ou seja, se no Brasil a guarda unilateral não pressupõe, ao menos em tese, o exercício unilateral do poder familiar, uma vez que a norma expressa no artigo 1.634 do CCB preconiza competir a ambos os pais, qualquer que seja sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, somente distinguindo o aspecto de quem permanecerá com os cuidados diários da criança (guarda), assim como sua residência, qual seria a grande distinção da modalidade de guarda compartilhada, com fixação de residência habitual?

Certamente, a *mens legis* não pretendeu engessar a questão da residência da criança com apenas um dos progenitores ao aduzir expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com ambos os pais, mas sim justamente oportunizar a ampla convivência com o pai e a mãe, tão necessárias ao pleno desenvolvimento da criança.

Dessa forma, entende-se que as constantes alterações observadas na legislação civil brasileira, protagonizadas pelas Leis nº 11.698/08 e 13.058/14, ainda não foram suficientes para a ampla aceitação da prática da dupla residência da criança após divórcio/separação dos pais. Os opositores de

tal regime não oportunizam a disseminação da dupla residência, mesmo nas situações em que ambos os pais possuam as competências parentais preservadas, e tenham condições fáticas para a implementação do regime, sob o argumento de que tal alternância causaria instabilidade psicológica ou emocional ao filho.

É preciso atentar para a triste realidade de que o Brasil não dispõe de tradição em pesquisas no campo da Sociologia ou da Psicologia relacionadas à prática do divórcio e suas consequências para as crianças, e parece não estar acompanhando as novas tendências de reorganização familiar após divórcio. Entretanto, sabe-se que países como Canadá, EUA, França, e inúmeras outras nações mais desenvolvidas já avançaram na investigação deste tema, e concluíram que a cooperação parental pós-divórcio, expressa também através da prática da alternância de residência da criança (guarda física compartilhada), apresenta resultados benéficos para os filhos em termos de adaptação ao divórcio, autoestima, adaptação emocional e comportamental.

Diante de tal constatação, talvez o grande fator impeditivo da disseminação e efetiva aplicação da prática da dupla residência da criança no Brasil seja a formação deficitária dos diversos atores do sistema de Justiça na área específica da criança, já que a atuação no ramo do Direito de Família apresenta complexidades de ordem social, emocional, psicológica, ou seja, aspectos multidisciplinares que demandam constante capacitação dos profissionais, bem como exigem a realização de pesquisas e acompanhamento dos envolvidos com vistas à avaliação das consequências na criança e em sua família acerca das dinâmicas familiares pós-divórcio, com foco no seu superior interesse.

É preciso, pois, romper com antigas tradições ainda enraizadas na prática social, e que ainda possuem repercussão na esfera judicial, tal como a fixação da residência única da criança após o divórcio, pois já se tem comprovação científica das possíveis consequências negativas para o desenvolvimento da criança quando da fixação de única residência, podendo-se afirmar ser a mais grave delas o distanciamento do pai.

Ademais, a insistência dos tribunais em se estabelecer uma residência habitual para a criança tende a agravar ainda mais o conflito entre os pais que, antes deveriam se valer de todas as provas admitidas para comprovar qual deles teria melhores condições de exercer a guarda do filho, e agora

precisam comprovar qual residência atenderia melhor os interesses do filho. Ou seja, a referida discussão apenas prolonga o litígio e se distancia da cultura de paz que deve nortear a praxe judicial no âmbito do Direito de Família.

Por essa razão mostra-se tão relevante o incentivo à mediação familiar, como meio alternativo de resolução de litígio que proporciona às próprias partes apresentarem seus conflitos, discuti-los sob a intervenção de um terceiro imparcial (mediador), que tem o papel de facilitar a comunicação entre as partes, para que elas mesmas encontrem uma solução viável para as suas demandas³².

Além disso, a disponibilização pelo Estado e pela sociedade civil de grupos de apoio à parentalidade, proporcionando aos pais que estão vivenciando a ruptura conjugal espaços de fala e escuta sobre como melhor lidarem com essa fase e compreenderem a repercussão que tais alterações promovem na vida das crianças assume especial relevo, sendo de grande importância a sua divulgação e incentivo, para alcançarem cada vez mais famílias e disseminarem os debates em torno da coparentalidade e as necessidades da criança.

Diferentemente do Brasil, Portugal já está mais à frente em pesquisas nos campos sociológico e psicológico que investigam o comportamento das famílias diante dos mais diversos regimes de convivência familiar pós-divórcio, sendo este um possível diferencial a potencializar sua maior aceitação social e efetiva aplicação nos tribunais. Além disso, não se pode olvidar que a prática da mediação familiar também se encontra em estágio mais avançado, encontrando normatização específica através do Despacho Normativo nº 13, de 9 de novembro de 2018, do Secretário de Estado da Justiça, que regulamenta a atividade do SMF, sendo instrumento de grande valia nos processos de regulação das responsabilidades parentais³³.

³² É de se destacar que, a partir da entrada em vigor do Novo CPC, instaurado pela Lei nº 13.105/15, observa-se uma valorização dos meios alternativos de resolução de litígios, na medida em que se determina ao Estado a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos, devendo todos os operadores jurídicos, inclusive o próprio magistrado, estimular a mediação, conciliação e outros meios de solução consensual, inclusive no curso do processo judicial, consoante ao artigo 3, §2º e §3º do CPC. Contudo, por se tratar de medida recente, ainda se constata valorização da conciliação como forma de resolução dos conflitos na área da família.

³³ Ressalte-se a recém criada Plataforma RAL+, através do Decreto-Lei nº 26/2024, de 3 de abril, cuja criação se baseia na promoção dos meios de resolução alternativa de litígios, tratando-se de uma plataforma informática única e comum que servirá a gestão e funcionamento dos diferentes meios de resolução alternativa de litígios geridos ou apoiados pelo Ministério da Justiça: sistemas públicos de mediação familiar e laboral, julgados de paz e centros de

Conquanto se tenha visto que a legislação portuguesa durante longos anos preconizou um regime de guarda exclusiva, em que a residência da criança estava vinculada ao progenitor que exercesse as responsabilidades parentais, atualmente a legislação possibilita a realização da prática da alternância de residência da criança após divórcio/separação, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, sendo possível atestar haver maior aceitação de tal modelo de organização familiar pela sociedade portuguesa, se comparada com a sociedade brasileira, talvez pela experiência bem sucedida em países vizinhos, possuindo tal prática preferência entre os portugueses os quais reputam ser esta a forma de residência mais adequada à criança³⁴.

A alteração do CCP, no sentido de incluir a prática da residência alternada como uma das possibilidades de arranjo familiar pós-divórcio, independente de acordo dos pais, tal como já ocorre em diversos países da Europa, demonstra o interesse da sociedade em relação ao tema e do Estado português em adaptar e modernizar sua legislação nacional às novas práticas sociais.

O momento é, pois, propício a grandes discussões em torno da concretização dessa dinâmica familiar pós-divórcio, como expressão maior da coparentalidade, hábil a proporcionar mais proteção à criança, na medida em que propicia a manutenção de estreita vinculação com ambos os progenitores após a ruptura conjugal, o que possibilitará seu pleno desenvolvimento e, por fim, atender, quando presentes os seus requisitos, o seu superior interesse.

Por fim, conclama-se a todos os intervenientes que atuam em processos de guarda judicial, sejam juízes, promotores, defensores públicos, advogados, assim como os peritos da área de psicologia, assistência social ou médicos, que compõem a equipe multidisciplinar das Secções de Família, a atentarem para

arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede de arbitragem de consumo. Embora ainda esteja em período experimental, sendo aplicada a Plataforma RAL+ aos procedimentos nos sistemas públicos de mediação familiar e laboral e aos procedimentos e processos nos julgados de paz do Oeste, do concelho de Sintra, do concelho de Vila Nova de Poiares, do concelho de Santo Tirso e do agrupamento de concelhos de Alvaíazere, Ansião, Figueiró dos Vinhos, Pedrógão Grande e Penela, o referido decreto-lei será aplicado a partir de 01 de setembro de 2024 aos procedimentos e processos nos demais julgados de paz, conforme disposições do art. 10º. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/26-2024-858631715>. Acesso em 01.06.2024.

³⁴ Marinho, Correia, 2017.

as reais necessidades das crianças, em especial, a continuidade da manutenção dos vínculos afetivos e convivência familiar, tão duramente fragilizados quando da história atribuição da guarda/custódia unilateral, devendo encorajar as famílias, quando as circunstâncias assim o permitirem, a praticarem a dupla residência da criança, consagrando o seu direito de não ser afastada de seus pais, tal como previsto na Convenção Internacional sobre os direitos das crianças.

ANOTAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.9>

Sávio Bittencourt

Introdução

Este artigo tem por escopo trazer ao lume noções sobre o regime jurídico do **poder familiar** no Direito Brasileiro, para conceituá-lo, considerando o crescente interesse na realização de estudos de direito comparado na lusofonia, trazido pela esperança de que seja útil para o diálogo académico nesse âmbito. Em Portugal a expressão em uso para exprimir a ideia de direitos e deveres inerentes à criação de filhos menores é bastante coerente com a natureza majoritária das atribuições outorgadas pelo sistema legal aos pais, no que concerne ao cuidado com os filhos: **responsabilidades parentais**. O acerto desta expressão advém da essência do papel juridicamente destinado aos pais, pela simples ocorrência do fato natural do nascimento do filho ou do fato jurídico de sua adoção.

Se faz mister ressaltar que o termo criança estará a significar a pessoa humana, conforme a dicção jurídica da Convenção Sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas, de 1989, que em seu primeiro artigo considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes¹. E aqui esta opção não tem o escopo de desmerecer as subdivisões deste público feitas pela legislação ou pela doutrina, criadas para especificar proteções e tratamentos jurídicos peculiares e proporcionais

¹ Convenção Sobre os Direitos da Criança, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 e em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro.

ao respectivo estágio de desenvolvimento, mas apenas facilitar a compreensão do texto, dotando-o de mais simplicidade e coesão.

Nos tópicos vindouros, ao tratarmos da configuração jurídica do poder familiar no Brasil, será possível perceber as aproximações entre este instituto jurídico e as responsabilidades parentais de Portugal, com as peculiaridades herdadas de culturas jurídicas distintas. Embora não se tenha a ambição de se utilizar as técnicas metodológicas do estudo de direito comparado, o que se desenvolverá a seguir poderá inspirar sua realização futura, por mãos mais habilidosas.

Das responsabilidades parentais e do poder familiar: noções iniciais

Aos pais compete uma gama complexa de escolhas dentre as opções factuais correntes que, apesar de conterem uma essência de liberdade em cada uma delas, devem obedecer a uma lógica demonstrável de proteção ao filho menor. Qualquer escolha paterna, ainda que possa representar uma ampla capacidade de decisão sobre a vida alheia, está circunscrita a uma determinada finalidade inafastável: o bem do filho. O conteúdo axiológico destas atribuições legais é composto pela substância obrigacional em maior proporção do que a de meras faculdades de agir. O agir do pai, mesmo que tenha muitas alternativas, deverá estar sempre vinculado a um objetivo finalístico predeterminado.

Para o Direito Português, desta forma, estando os filhos sujeitos às responsabilidades parentais até a maioridade, competirá aos pais, naturais ou por adoção, velar por sua segurança e saúde, prover o seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar seus bens (art. 1.877º e 1.878º, nº 1, do Código Civil). Para executar tais misteres eles obviamente devem poder decidir coisas simples ou complexas a respeito da vida do filho menor, motivo pelo qual a ordem jurídica lhes concede “os instrumentos jurídicos que facilitam a prestação do cuidado” que deles se espera². A Constituição da República dispõe neste sentido, ao estipular que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos (art. 36º, nº 5) e que estes não

² Oliveira, Guilherme de. *Manual de direito de família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 500.

podem ser separados dos pais, salvo se estes não cumprem seus deveres e sempre mediante decisão judicial (art. art. 36º, nº 6), erigindo o âmbito de autonomia familiar que se funda no adequado exercício das responsabilidades parentais.

Destarte, para a apresentar o regime jurídico do poder familiar, versão brasileira das já referidas responsabilidades parentais, é necessário fazer-se o recorte de um direito subjetivo específico, que pode ser estudado pelo direito de família, mais amplamente, e pelo direito da criança, mais concretamente. Trata-se do direito que cada criança tem de viver em família, de conviver com adultos cuidadores que a ela protejam, estimulem, mantenham e eduquem, por meio de uma convivência afetiva próxima e duradoura.

Vale a pena se invocar a constatação consagrada no campo da psicologia, inspiradora da produção legislativa do fim do século XX, de que a criança necessita da convivência familiar adequada ao seu desenvolvimento, verdadeiro insumo para uma vida adulta saudável, física e emocionalmente equilibrada. Não se pretende descer às minúcias destas análises psicológicas que só seriam viáveis em trabalho académico de maior fôlego, com espaço suficiente para tais digressões interdisciplinares.

Portanto, o poder familiar é, na sua melhor essência, o regime jurídico protetivo da convivência familiar da criança, tomada como sujeito de direitos que, ao vivenciar suas relações familiares, pode passar por situações que gerem risco ou perigo para seus interesses juridicamente protegidos, sobretudo se alijada da convivência familiar adequada. As tradições jurídicas sempre fizeram menção a defesa de bens de menores, da sua representação pelos pais, circunstâncias não relacionadas diretamente com a convivência, registre-se. São questões importantes social e juridicamente, sem sombra de dúvida. Todavia, elas são acessórias e complementares a ideia subjacente do poder familiar, e igualmente das responsabilidades parentais, que é a afetividade em exercício.

Definição de poder familiar

O poder familiar, no plano jurídico, representa o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos genitores em relação aos seus filhos, visando garantir o seu desenvolvimento integral e sua proteção. Este instituto jurídico abrange

não apenas a responsabilidade material de prover sustento, educação e cuidados básicos, como também a dimensão emocional, moral e educacional na relação entre os pais e sua prole. Fundamentado em princípios como o da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do direito à convivência familiar, o poder familiar estabelece uma estrutura legal que objetiva assegurar o bem-estar e a segurança das crianças, equilibrando os direitos e autonomia dos pais com a proteção dos direitos fundamentais das crianças.

Por força da tradição histórica de grande influência romana e lusitana, no Brasil, conferia-se ao pai o exclusivo exercício do “pátrio poder”, com a possibilidade excepcional de alguns de seus aspectos serem compartilhados com as mães e com os avós. Entretanto, ao longo do século XIX, reformas legislativas realizadas entre 1831 e 1890 gradualmente alteraram essa realidade, adequando-a à dinâmica da época. Com a promulgação do Código Civil, em 1916, o poder familiar já passou a ser concebido como um instrumento de proteção tutelar, distanciando-se da concepção anterior que o considerava primariamente como um meio de salvaguarda dos interesses paternos diante da pessoa do filho e de seu patrimônio.

No entendimento de Caio Mário, o poder familiar é agora percebido como o conjunto de direitos que abrange a pessoa e os bens do filho menor. Não será mais um instrumento que visa os benefícios e o interesse do seu detentor, mas sim na salvaguarda da criança ou adolescente. Tal mudança de paradigma, inclusive, se apresentou, também, com a sugestão de renomear o conceito de “pátrio poder” para “pátrio dever”³.

Para Maria Berenice Dias, da mesma forma, a denominação de poder familiar também perde o sentido ao se munir do caráter protetivo, sendo menos um poder e mais um dever⁴. Em outras palavras, apenas recentemente houve a compreensão mais ampla de que este tal “poder” conferido ao genitor deveria ser exercido, em um primeiro momento, em conjunto com a mãe e, além disso, no melhor interesse do filho, resultando na redução tanto nos costumes, como na legislação, do domínio parental. Essa mudança significou uma profunda transformação no instituto jurídico do poder familiar,

³ Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, V. 242, Rio de Janeiro, 1987.

⁴ Dias, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 10ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

abandonando sua configuração despótica, influenciada pelo direito romano, no qual era percebido como um conjunto de direitos amplos e ilimitados do pai sobre os filhos, para tornar-se um conjunto de deveres compartilhados por ambos os pais em prol do melhor para os filhos.

Portanto, supera-se, neste momento, a ideia de um instituto a fim de corresponder aos interesses do *paterfamilias*⁵, instituto romano cujo objetivo era corresponder prerrogativas do poder absoluto deste na estrutura familiar para assumir função de sobrevivência e proteção dos filhos⁶. Ainda, com a evolução conceitual, a denominação tradicional “pátrio poder”, remanescente da *patria potestas* romana, é abandonada, dando lugar à expressão “poder familiar”, adotada pelo Código Civil de 2002.

A evolução histórica, que ocorreu, sobretudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, orientou-se por três finalidades, nas palavras de Paulo Lôbo: “1) limitação temporal; 2) limitação dos direitos do pai e do seu uso e 3) colaboração do Estado na proteção do filho menor”⁷. O texto constitucional desempenhou um papel crucial na formação dessas ideias sobre o poder familiar, estabelecendo novos modelos com base em princípios de pluralidade, democracia e respeito à dignidade humana. Ao consagrar a Doutrina da Proteção Integral, a Constituição posicionou as crianças e adolescentes como titulares de direitos, afastando-os do papel de meros objetos de intervenção adulta⁸.

A este respeito, embora mencione a denominação antiga, a definição é aplicável ao poder familiar, por Maria Helena Diniz:

o pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho⁹.

⁵ Madaleno, Rolf, *Direito de família*. 7ª ed. rev. atual. e ampl, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 687.

⁶ Lôbo, Paulo, *Direito Civil – volume 6: famílias*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 297.

⁷ Lôbo, Paulo, *Direito Civil – volume 6: famílias*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 297.

⁸ *Idem, ibidem*.

⁹ Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5, p. 301.

Importante destacar, ainda, de acordo com os ensinamentos de Diniz, a natureza inalienável, imprescritível e irrenunciável do instituto do poder familiar como encargo público. Além disso, mantém uma estrutura de autoridade devido à relação de subordinação entre pais e filhos, uma vez que os pais têm a autoridade sobre os seus filhos, que, por sua vez, têm o dever de obediência¹⁰. Sua irrenunciabilidade, ademais, é justificada, uma vez que os direitos advindos de tal medida justamente se estabelecem em benefício dos filhos, e não dos pais, não sendo possível a sua renúncia ou promessa desta¹¹.

É imperioso notar que, a Lei Maior do Brasil estipulou que os pais têm o dever assistir, educar e criar os filhos menores (art. 229, CF), sendo que a Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), afirma que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22, ECA). O Código Civil, Lei 10.406/2002, por sua vez, na sua feição atual, concede a ambos os pais o poder familiar dos filhos menores (art. 1.634, CC), dispondo que este consiste em: 1) dirigir-lhes a educação; 2) exercer a guarda unilateral ou compartilhada; 3) Conceder ou negar o consentimento para o casamento; 4) Conceder ou negar consentimento para viagem ao exterior; 5) Conceder ou negar o consentimento para mudança de residência do filho para outro município; 6) Nomear tutor; 7) Fazer sua representação judicial e extrajudicial, até 16 anos, e sua assistência entre 16 e 18 anos; 8) Reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha; 9) Exigir que o filho lhes preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

As atribuições do poder familiar abrangem, portanto, uma gama ampla de aspectos, incluindo a guarda, a educação, a representação legal, a administração dos bens dos filhos, entre outros. Essas responsabilidades são exercidas visando sempre o melhor interesse da criança, em conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais mencionadas. Nesse sentido, o poder familiar não se restringe apenas aos pais biológicos, podendo também ser conferido aos tutores, guardiões ou

¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹ Santos Neto, José Antônio de Paula, *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 63.

adotantes, para exercerem a responsabilidade de criação e educação da criança. Pode ser mencionada a definição trazida por Rodrigo da Cunha Pereira¹²:

É o conjunto de deveres/direitos dos pais em relação aos seus filhos menores. É uma atribuição natural a ambos os pais, independentemente da relação conjugal, para criar, educar, proteger, cuidar, colocar limites, enfim dar-lhes o suporte necessário para sua formação moral, psíquica, para que adquiram responsabilidade e autonomia.

Portanto, o poder familiar representa não apenas uma atribuição legal, mas também uma responsabilidade moral e afetiva, essencial para o fortalecimento dos laços familiares e para a formação de cidadãos íntegros e conscientes de seus direitos e deveres na sociedade. Seu exercício deve ser pautado pelo diálogo, cooperação e respeito mútuo entre os pais e destes com seus filhos, objetivando, principalmente, proporcionar um ambiente seguro e acolhedor para o pleno desenvolvimento físico, emocional, moral e social das crianças e adolescentes.

Outra regra constitucional brasileira merece especial destaque. Trata-se do art. 227 da Carta Magna, que em seu *caput* cristaliza o núcleo inalienável de direitos da criança que devem ser atendidos prioritariamente, merecendo transcrição integral:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por conseguinte, a família é a primeira entidade a ser mencionada como fiel garantidora da proteção integral da criança, se constituindo no mais íntimo e importante reduto de defesa de seus interesses. Somada esta prescrição com as regras que formam a silhueta jurídica do poder familiar, no caminho exegético natural, tem-se a atribuição do dever de cuidado aos pais, naturais ou por adoção, em primeiro lugar, a obrigação de assegurar a fruição dos direitos amplos elencados no dispositivo.

¹² Pereira, Rodrigo da Cunha, *Direito das Famílias*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2022.

Com efeito, o exercício do poder familiar desempenha um papel fundamental na relação entre pais e filhos, transcendendo meramente questões legais para abraçar uma dimensão moral e emocional. Essa autoridade parental não apenas visa assegurar a proteção e o sustento material das crianças, mas também sustentar um ambiente de segurança, confiança e amor essenciais para o seu desenvolvimento saudável e feliz, sendo reconhecido como um pilar fundamental na estrutura familiar.

A relevância do instituto do poder familiar, ainda, se funda na necessidade intrínseca do ser humano em seus primeiros anos de vida. Os períodos da infância e da adolescência se caracterizam pela vulnerabilidade e a dependência da assistência de terceiros, que devem garantir seu sustento, sua alimentação e sua segurança¹³. Este instituto, quando exercido de maneira responsável, nutre vínculos afetivos sólidos, e reflete diretamente no crescimento emocional e na promoção de uma base estável para o desenvolvimento psicossocial e na formação de personalidade do indivíduo. Como se trata de uma relação humana continuativa, o exercício do poder familiar deve se adaptar a evolução da criança, que ao nascer tem absoluta dependência dos adultos que a cercam e, com o tempo, vai ganhando condições relacionais e de autodeterminação crescentes.

Como é um exercício fundamental de proteção para a criança, o poder familiar é atributo indisponível da paternidade e da maternidade, “pois os pais não podem dele abrir mão; é inalienável, quer dizer, não pode ser transferido; é irrenunciável e incompatível com transação”¹⁴. Contudo, mesmo diante da projeção de que a parentalidade traria naturalmente o afeto e a capacidade de cuidado com os filhos, a experiência humana revela que tal expectativa nem sempre é cumprida, importando em maus-tratos, negligência, violência e abandono contra crianças, cometidos por quem deveria ser sua mais vigorosa defesa. Por isso, “os pais que deixarem de cumprir suas funções, ou cumpri-las inadequadamente, podem ser destituídos do seu lugar de pais, se assim se atender o princípio do melhor interesse da criança”¹⁵.

¹³ Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 597.

¹⁴ Maciel, Kátia Regina F.L. A., *Curso de direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022, p. 198.

¹⁵ Pereira, Rodrigo da Cunha, *Direito das Famílias*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 399.

Da extinção do poder familiar

As funções e atributos precípuos do exercício do poder familiar são conferidas, pelo ordenamento jurídico, aos pais, entendendo que, *a priori*, eles serão os mais aptos a exercer este papel. No entanto, é patente de interesse público o regular exercício deste *mínus*, consoante o art. 227 do texto constitucional, que determina também ser dever do Estado, além dos pais e da sociedade, o seu cuidado. Sendo assim, havendo descumprimento injustificado destes, o Estado deve assumir a responsabilidade de fiscalizar e intervir, com proporcionalidade e razoabilidade, na defesa do interesse da criança¹⁶.

A criança é o principal sujeito de direitos das relações jurídicas que a envolvem. Por estar em etapa crucial da vida, sem ser dotada ainda das habilidades para fazer valer, *de per se*, os seus direitos, ela necessita que sua família seja funcional, no sentido de protegê-la. A vulnerabilidade social encontra na criança sua expressão mais aguda: ela é a mais vulnerável dentre os vulneráveis, estando nessa condição diante de seu núcleo mais íntimo. Por esse motivo, a expressão prática e correta do poder familiar é um direito seu, personalíssimo e indisponível. A falta deste exercício de cuidado gera para a criança, igualmente, a necessidade de que o sistema de garantias intervenha e supra a sua falta.

Isto posto, é importante observar que a extinção do poder familiar pode ocorrer em função de fatos naturais, volitivos ou pela destituição judicial. A extinção ocorre *ipso iure*¹⁷, ou seja, como uma consequência lógica da verificação de eventos legais descritos no artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro, tais como: (1) falecimento dos pais ou do filho; (2) emancipação; (3) atingir a maioridade. E ocorrerá por (4) adoção e (5) pela destituição judicial, sempre através do devido processo legal.

Desta maneira, a destituição ou perda do poder familiar resulta da violação de deveres legais atribuídos aos pais, e só pode ser efetivada por decisão judicial, em um processo litigioso que garante o contraditório e a ampla defesa dos envolvidos, quando não houver consensualidade no caso concreto. Nos

¹⁶ Nunes de Souza, Natália Moreira, *A destituição do poder familiar à luz dos princípios do direito das famílias*, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n.º 71, Rio de Janeiro, 2019, p. 4.

¹⁷ Ataíde Junior, Vicente de paula, *Destituição do poder familiar*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 43.

casos de entrega voluntária de criança para adoção ou nas hipóteses em que não exista resistência dos pais biológicos em relação à colocação da criança em adoção, ainda haverá a necessidade de decisão judicial, no exercício da jurisdição voluntária, mesmo sem a formação de lide. Em outras palavras, em todos os casos de perda ou extinção do poder familiar incide o princípio da reserva judicial, tendo a lei brasileira optado por atribuir ao poder judiciário este papel de controle.

As condições que autorizam a destituição do poder familiar, conforme disposto na legislação brasileira, estão elencadas no artigo 1.638 do Código Civil, conjugado com o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre essas condições estão (i) a imposição de castigos excessivos, (ii) o abandono, (iii) a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, bem como (iv) a reincidência nas infrações previstas no mencionado artigo 1.637 do Código Civil (abuso de autoridade parental). Tais infrações, alinhadas ao desatendimento injustificado dos deveres e responsabilidades enumerados no artigo 22 do ECA, englobam, ainda, (v) a obrigação de garantir o sustento, a proteção e a educação dos filhos. É também incumbência dos pais, conforme o interesse dos filhos menores, cumprir e fazer valer as determinações judiciais competentes¹⁸.

Na legislação brasileira, a previsão do processo judicial encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme estabelecido pelo seu artigo 155 e seguintes, o procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar é iniciado mediante provocação do Ministério Público, ou de qualquer pessoa que possua interesse legítimo no caso. Essa disposição legal define o primeiro passo para a intervenção do Estado nos casos em que se verifica a necessidade de afastamento dos pais do exercício do poder familiar, visando proteger o bem-estar e os direitos fundamentais da criança ou do adolescente em situações de risco ou de vulnerabilidade.

Logo no início do procedimento judicial, constatada a viabilidade intensa do pedido de destituição, o juiz pode suspender o poder familiar e já destinar a criança à guarda provisória de pessoa idônea ou casal (art. 157, ECA), inclusive os já habilitados para a adoção que estejam cadastrados no Sistema Nacional de Adoção, a espera de uma criança com aquele perfil.

¹⁸ Ataíde Junior, Vicente de paula, *Destituição do poder familiar*, Curitiba: Juruá, 2009, pp. 43 e 44.

Antecipa-se, assim, o estágio de convivência com a futura família, evitando-se o alongamento de institucionalização prejudicial para a saúde emocional da criança. Apesar de ainda existir, em tese, o risco de uma reversão da guarda em função da decisão final a ser tomada no processo, a experiência brasileira tem demonstrado que essa prática, baseada em tutela de urgência e evidência, tem sido factualmente segura para os adotantes, na imensa maioria dos casos.

Considerações finais

A atuação dos adultos amorosos e cuidadores no processo de criação da criança é um patrimônio da humanidade, esforço civilizatório que as gerações têm desenvolvido durante milênios. Atualmente, as ciências médicas atestam com rigor científico a importância do afeto e do cuidado para a formação da pessoa, principalmente na denominada primeira infância. Nos primeiros seis anos de vida são criados os alicerces fundamentais para o que se desenvolve posteriormente, sendo uma etapa absolutamente crucial.

Nesta linha, se faz mister garantir que o princípio da intervenção precoce seja observado pelas políticas públicas e na atuação do Estado, para que não haja leniência com comportamentos abusivos ou negligentes, nem tolerância com a falsa solução da institucionalização, só tolerável de forma excepcional e rápida. Criança precisa de família afetiva, de aconchego do lar, de atuação responsável dos adultos que a cercam. O poder familiar deve ser a expressão jurídica desta necessidade, sem tirar, nem por.

Referências bibliográficas

- OLIVEIRA, Guilherme de. *Manual de direito de família*, Coimbra, Almedina, 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, V. 242, Rio de Janeiro, 1987.
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MADALENO, Rolf, *Direito de família*. 7ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- LÔBO, Paulo, *Direito Civil - volume 6: famílias*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5.
- SANTOS NETO, José Antônio de Paula, *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito das Famílias*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACIEL, Kátia Regina F. L. A., *Curso de direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.
- NUNES DE SOUZA, Natália Moreira, *A destituição do poder familiar à luz dos princípios do direito das famílias*, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 71, Rio de Janeiro, 2019.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2018. 1592 p.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 20 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELOS CÔNJUGES: EVENTUAIS IMPACTOS NO PATRIMÓNIO FAMILIAR

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.10>

Sofia Ferreira da Costa

Introdução

O impacto da tecnologia no Homem é cada vez mais notório e inevitável. Se inicialmente a tecnologia surgiu como forma de auxiliar, informar ou comunicar de modo mais avançado, atualmente o avanço da tecnologia coloca-se em patamares mais elevados, substituindo por completo, em algumas situações, o lugar do ser humano. Estas vicissitudes são amplamente exploradas essencialmente para potencializar o crescimento económico, bem como no acesso mais rápido e eficaz no processamento e recolha de dados.

Não obstante todas as vantagens associadas, cada vez mais há uma preocupação inerente à regulação do uso da Inteligência Artificial, devido a eventuais danos que se possam vir a verificar. Esta necessidade tem sido evidenciada quer a nível nacional como a nível europeu, de modo a que o uso da Inteligência Artificial se faça de modo consciente e seguro. Encontram-se, por vezes, em causa Direitos Fundamentais que não são devidamente tutelados no que concerne ao uso dos referidos entes dotados de inteligência que atuam de forma autónoma. Ao longo do texto iremos analisar as repercussões que o uso da Inteligência Artificial possa gerar na família e, em particular, no seu património.

Inteligência Artificial: enquadramento do conceito

Certamente que o século XXI será aquele que para sempre ficará associado à tecnologia ou, até mesmo, à revolução tecnológica. Há todo um envolvimento virtual e digital tão impactante na vida de cada um que já não poderá ser ignorado ou desassociado do espaço real. Surge, por isso, ao Direito, a responsabilidade de contemporaneamente evoluir com a tecnologia, já que, como referimos, esta não pode ser dissociada da vida real. O avanço da tecnologia neste sentido é tão notório que, de simples mecanismos e ferramentas de auxílio ao Homem, rapidamente somos confrontados com mecanismos cada vez mais complexos e autossuficientes, entes dotados de Inteligência Artificial (doravante IA) capazes de atuar de forma autónoma¹.

Atribuir uma definição para “Inteligência Artificial” parece um desafio arriscado, sendo que, a dificuldade surge, *ab initio*, com a definição de “inteligência”: o sentido mais amplamente entendido é relativo ao sentido de uso da razão, como meio de escolha para alcançar um dado fim de forma a otimizar os recursos existentes². O objeto nunca será, por isso, a IA como um fim em si mesmo, mas como um meio para exponenciar o bem estar humano³. A IA segue um caminho computacional programado de modo a, através da análise de dados, inferir sobre a probabilidade de um dado resultado⁴. Ao traçar uma definição genérica e abrangente, Mafalda Miranda Barbosa define a Inteligência Artificial como sendo “a tentativa de replicar a capacidade cognitiva e decisória do ser humano através de um modelo sintético (computacional)”⁵.

¹ Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência artificial: entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 76.

² Alexandra Caetano Domingues, *Inteligência artificial e patentes*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 17 e 18; Marta Boura, “Inteligência artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial”, in AAVV. *Revista Eletrónica de Direito*, nº 3, vol. 32º, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2023, p. 104. Disponível em: https://cij.up.pt/client/files/0000000001/5-marta-boura_2288.pdf, com última consulta a 30/06/2024.

³ Marta Boura, “Inteligência artificial...”, *op. cit.*, p. 111.

⁴ Jane Evans, Abba Ndegwa, *Use of technology in the family justice system: annotated bibliography*, Otava, Departamento da Justiça, 2022, p. 10. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/utfjsab-utsjfba/pdf/RSD2022_Use_of_Technology_in_the_Family_Justice_System_Report_EN.pdf>. com última consulta a 30/06/2024.

⁵ Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência artificial...*, *op. cit.*, p. 208.

Em outras áreas do Direito, a Inteligência Artificial já se encontra amplamente implementada, sendo por isso inevitável que os seus primeiros passos no âmbito do Direito da Família. Todo o conceito em volta da Inteligência Artificial é ainda muito recente, o que, naturalmente, faz aflorar questões juridicamente relevantes. No sentido de introduzir um quadro regulamentar e jurídico na União Europeia, foi apresentada, a 21 de abril de 2021, a proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial – Regulamento sobre Inteligência Artificial⁶. O objetivo prende-se com o enquadramento europeu da IA, de modo a garantir a livre circulação de bens e serviços baseados na IA e a proteção dos Direitos Fundamentais. Em maio de 2024, o Conselho da Europa adotou o primeiro tratado internacional juridicamente vinculativo – a Convenção-Quadro do Conselho da Europa sobre inteligência artificial e direitos humanos, democracia e Estado de Direito – que visa garantir o respeito pelos direitos humanos, o Estado de direito e as normas jurídicas da democracia na utilização de sistemas de IA⁷. Pretende-se estabelecer “um quadro jurídico que abrange todo o ciclo de vida dos sistemas de IA e aborda os riscos que podem representar”. Em Portugal, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, a Lei n.º 27/2021, de 17 de maio⁸, estabelece que “[A] República Portuguesa participa no processo mundial de transformação da Internet num instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital” e ainda que “[A]s normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço”. Esta disposição é bastante pertinente, já que será de absoluta relevância refletir face aos resultados e impactos que a IA gera, nomeadamente no cruzamento com os

⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX- X:52021PC0206>, com última consulta a 25 de junho de 2024. O Regulamento define a Inteligência Artificial como sendo “uma família de tecnologias em rápida evolução capaz de oferecer um vasto conjunto de benefícios económicos e sociais a todo o leque de indústrias e atividades sociais. Ao melhorar as previsões, otimizar as operações e a afetação de recursos e personalizar o fornecimento dos serviços, a utilização da inteligência artificial pode contribuir para resultados benéficos para a sociedade e o ambiente e conceder vantagens competitivas às empresas e à economia europeia”.

⁷ Texto em inglês disponível em: < <https://rm.coe.int/1680afae3c>>, com última consulta a 30/06/2024.

⁸ Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>>, última consulta a 30/06/2024.

Direitos Fundamentais. É ainda no artigo 9º do mesmo diploma que se refere que “[A] utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação”.

A tutela dos Direitos Fundamentais na era da Inteligência Artificial

Apesar das inequívocas vantagens exibidas pela Inteligência Artificial, os impactos desta nos Direitos Fundamentais devem ser analisados, pelo que a sua intervenção deve ser escrutinada.

Entre os variados direitos dentro da ordem jurídica, destacam-se aqueles usados “perante o Estado e assentes na Constituição ou Lei Fundamental – direitos fundamentais, por traduzirem esta relação fundamental e por beneficiarem das garantias inerentes à força específica das suas normas”⁹. Há três pressupostos essenciais necessários para que os Direitos essenciais se considerem enquanto tal: a necessidade de haver uma relação com o Estado, pelo que não há direitos fundamentais sem Estado; a necessidade de reconhecimento da esfera de autonomia das pessoas e, por último, a existência de Constituição¹⁰.

O Livro Branco obre a Inteligência Artificial foi publicado pela Comissão Europeia em 2020¹¹, “descrevendo os princípios fundamentais de um futuro quadro regulamentar da União Europeia para a Inteligência Artificial na Europa”. Será aqui também importante fazer referência à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹². Os Direitos Fundamentais colocados em causa são diversos, podendo aqui destacar o direito à privacidade, o direito à proteção de dados e o direito à não discriminação. No que

⁹ Jorge Miranda, *Direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 11.

¹⁰ *Idem*, pp. 12-13.

¹¹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT> com última consulta a 30/06/2024.

¹² Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT> com última consulta a 30/06/2024.

concerne ao nosso objeto de estudo, serão estes os direitos que iremos dar particular importância.

Nos termos do previsto no artigo 27º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “toda a pessoa tem o direito de (...) participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”. A introdução desta norma no diploma resulta de um contexto histórico-político resultante das ameaças existentes das bombas atômicas no momento pós-guerra e enfatizando as relações pouco estreitas entre a URSS e EUA¹³.

Resulta por isso evidente a inevitabilidade do Homem participar no progresso científico e as vantagens que inequivocamente advêm da sua direta participação. No entanto, emerge a questão da relação com os Direitos Fundamentais que deve ser ponderada e analisada, de modo a não proporcionar impactos negativos provocados pelo uso da IA. A reflexão sobre entidades que possam avaliar e minimizar os impactos negativos dos sistemas artificiais de inteligência é de particular importância, já que poderiam ser de elevada importância, dado poderem prevenir situações de discriminação e privacidade, entre outros. Através da criação de perfis de dados pessoais, são oferecidos produtos aos mesmos que melhor se coadunem com o perfil, de modo a difundir diversos tipos de ideias, desde políticas e ideológicas à difusão por interesses comerciais. Essas situações surgem pela presença do algoritmo que seguidamente estudaremos.

O algoritmo e a família: Análise concreta da situação patrimonial entre cônjuges

Com o uso quotidiano dos sistemas inteligentes, a recolha de dados e disponibilização dos mesmos é cada vez maior, o que torna crescente as preocupações associadas à lesão de direitos. Tem-se demonstrado que os algoritmos que processam esses mesmos dados conduzem à violação de direitos, com,

¹³ Fernando H. Llano Alonso, Joaquín Garrido Martín, *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 190, nota de rodapé 8.

nomeadamente, resultados discriminatórios¹⁴. Os sistemas inteligentes seguem um conjunto de níveis de modo a inferir uma probabilidade de resultado¹⁵.

Os algoritmos vão se tornando mais fortes à medida que o processamento de dados aumenta. O algoritmo, ao “reproduzir-se” pode acabar por se tornar discriminatório, podendo inclusivamente limitar ou até excluir a esfera de atuação dos indivíduos. A sociedade parece progressivamente caminhar para uma sociedade algorítmica, devido à presença de sistemas cada vez mais inteligentes e dinâmicos¹⁶. É no nº 2 do artigo 9º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital que se refere que “as decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei”. Será, assim, pertinente avaliar o impacto da Inteligência Artificial e as questões associadas à proteção de direitos, bem como maiores investimentos associados a uma investigação mais profunda de modo a compreender os resultados artificialmente alcançados¹⁷.

Em alguns países, foi implementado a partir de 2014 o sistema de “crédito social” em várias cidades, consistindo em graduar a população consoante os resultados obtidos por avaliação de determinados parâmetros, desde dívidas fiscais a atravessar a rua fora da passadeira¹⁸. Através dessa pontuação, os cidadãos são graduados e têm acesso a determinados serviços ou produtos em função da hierarquia estabelecida. Entre esses produtos e/ou serviços estão, nomeadamente, o crédito bancário, situação que iremos dar particular destaque.

Atualmente, os sistemas de inteligência artificial estão amplamente difundidos nas tarefas que anteriormente só por Homens poderia ser realizada. Através de instrumentos computacionais é, por isso, possível

¹⁴ Maria Raquel Guimarães, “Inteligência artificial, profiling e direitos de personalidade”, in AAVV. *Inteligência Artificial e Robótica: desafios para o Direito do Século XXI*, p. 210.

¹⁵ Jane Evans, Abba Ndegwa, *Use of technology...*, op. cit., p. 10.

¹⁶ Fernando H. Llano Alonso, Joaquín Garrido Martín, *Inteligencia artificial...*, op.cit., p. 115.

¹⁷ Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Preparar o futuro – inteligência artificial e direitos fundamentais*, Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia, 2021, p. 11. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf>, com última consulta a 26/06/2024.

¹⁸ Maria Raquel Guimarães, “Profiling e direitos de personalidade”, in Maria Raquel Guimarães, Rute Teixeira Pedro (coord.) *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 334.

desempenhar funções cognitivas humanas que, por motivos de economia de recursos e tempo, passaram a ser desempenhados através de ferramentas de Inteligência Artificial.

O objeto do nosso estudo centrar-se-á na discussão relativamente à atuação dos cônjuges no panorama virtual – incluindo na multiplicação do seu algoritmo – e o impacto que isso possa vir a causar no património familiar. O uso de algoritmos por instituições bancárias pode, no limite, ser aquele que define a concessão ou não de crédito a um particular. Esta avaliação, do ponto de vista da instituição bancária, será de elevada importância na medida em que as perdas em caso de incumprimento contratual poderem ser bastante significativas. Para fazer esta avaliação, há a necessidade de recolher e processar os dados relativos ao potencial mutuário.

Aqui chegados, é possível refletir de forma mais séria relativamente às implicações que uma conduta financeira negligente pode causar no património familiar, desde logo pela afetação do algoritmo que, no limite, poderá implicar fortes implicações no património familiar. Tal como refere Jorge Duarte Pinheiro, as normas de Direito da Família são também abrangidas por atos e contratos cujas partes e intervenientes não têm entre si qualquer vínculo familiar¹⁹.

De acordo com o disposto no artigo 1680º do Código Civil (doravante CC), os cônjuges podem, independentemente do regime de bens, fazer depósitos em seu nome exclusivo e movimentá-los livremente. Note-se que esta possibilidade é conferida independentemente do regime de bens do casamento. Como resulta evidente, esta possibilidade de livre movimentação de depósitos facilmente poderá vir a refletir-se no património familiar. Esta faculdade conferida pelo legislador baseia-se no princípio da igualdade dos cônjuges, previsto no nº 1 do artigo 1671º CC. Estes depósitos podem ter uma natureza diversa (nomeadamente à ordem ou a prazo, entre outros), mas esta livre atuação conferida aos cônjuges não pode igualmente ser dissociada dos poderes de administração dos mesmos. Apesar da regra geral para a administração de bens do casal ser a administração por cada cônjuge dos seus bens próprios, nos termos do nº 1 do artigo 1678º CC, a possibilidade conferida pelo legislador de fazer depósitos em seu nome exclusivo e movimentá-los

¹⁹ Jorge Duarte Pinheiro, *Estudos de direito da família e das crianças*, 2ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 86.

livremente pode ter implicações sérias, já que, contrariamente à natureza própria de algum capital depositado, os frutos destes, nos regimes de comunhão, serão sempre comuns (nos termos do nº 1 do artigo 1728º CC), pelo que a sua livre movimentação pode levantar algumas dificuldades no âmbito da gestão do património familiar. Note-se que a questão patrimonial tem sempre relevância entre cônjuges, inclusive no regime da separação de bens. Tal como referido no nº 1 do artigo 1690º CC, qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. Ora, sabemos que esta posição de devedor pode, como vimos a defender, reduzir ou limitar a capacidade de aceder a créditos bancários ou até mesmo, apesar de aceder, este ser-lhe concedido em condições menos favoráveis. Com a disponibilização exponencial de dados para sistemas de informação e a absorção dos mesmos por algoritmos digitais, cada vez mais o “histórico” financeiro de cada cônjuge terá impacto nas capacidades de aceder, no futuro, a determinadas conjunturas económicas. E aqui levantamos uma pertinente questão: poderá este cônjuge ser responsabilizado pela disponibilização de dados que comprometem o acesso a determinados bens e/ou serviços? Atualmente, as instituições bancárias recorrem frequentemente aos sistemas de IA de aferir a possibilidade de conceder créditos aos clientes. Percebemos aqui a correlação evidente entre os dados processados e o impacto que pode vir a ter quer no património próprio como no seu cônjuge, na medida em que acaba também por afetar patrimonialmente a família. Assim sendo, poderão estar em causa perdas patrimoniais significativas. Deste modo também podemos retomar o tema *supra* referido no que concerne ao “atropelo” de direitos fundamentais por parte da IA. Tal como referimos, torna-se evidente que o uso de algoritmos pode levar a decisões discriminatórias com verdadeiro impacto no património familiar. Torna-se uma vez mais necessário reiterar a necessidade de mecanismos de controlo da IA e os seus softwares, de modo a que haja garantias de que as decisões tomadas são razoáveis, proporcionais, pertinentes e não discriminatórias.

No momento em que as ferramentas tecnológicas avaliam esta capacidade de um dado cliente com base nos dados processados internamente, poderá ser ainda ser pertinente avaliar esta situação do ponto de vista da falta de cumprimento do próprio cônjuge para com os deveres matrimoniais a que se encontra adstrito. Será, por isso, pertinente refletir sobre esta

disponibilização de dados – mais ou menos abrangente – e o impacto que esta disponibilização pode patrimonialmente gerar na família e ainda os deveres conjugais que o cônjuge se encontra vinculado, nomeadamente os deveres de cooperação e respeito.

Os deveres conjugais vinculam reciprocamente os cônjuges, nos termos do artigo 1672º CC e são eles os deveres de: respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. No caso concreto, os deveres que merecem mais destaque são os deveres de respeito e cooperação. O primeiro trata-se de um reflexo do dever geral de respeito, na medida em que os cônjuges estão simultaneamente vinculados ao dever de respeitar os direitos de personalidade do outro cônjuge, com abstenção de comportamentos indecorosos que possam atingir a família e comporta ainda um dever de manutenção do interesse pela vida familiar. São estas as vertentes negativas e positivas do referido dever conjugal, respetivamente²⁰. O dever de cooperação importa a obrigação de socorro e auxílio mútuos e assumir em conjunto as responsabilidades inerentes à vida familiar²¹. Assim, note-se que os comportamentos levianos de qualquer um dos cônjuges, incluindo comportamentos financeiros, não infringe apenas direitos perante a própria família, mas também um dever em relação ao outro cônjuge²².

Deste modo, torna-se clara a necessidade de uma entidade reguladora das ferramentas de processamento e tratamento de dados que, autonomamente, têm poder decisório face a determinadas matérias. A discriminação e atropelamento de direitos pode realmente ser um problema no uso da IA.

A responsabilidade civil e a família

Perante a circunstância descrita, surge a questão de saber a quem poderá ser atribuída responsabilidade: ao cônjuge que motivou a privação do acesso a uma dada prerrogativa ou aos sistemas de Inteligência Artificial,

²⁰ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, volume I, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 410.

²¹ *Idem*, pp. 415-416.

²² *Idem*, p. 416.

aptos a tomar decisões? A quem poderá ser atribuída a responsabilidade dos danos que surjam?

A responsabilidade civil consiste, nas palavras de Mota Pinto, “na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão”. É o que expressa o artigo 483º CC quando estabelece o princípio geral da responsabilidade civil. Os pressupostos gerais para a responsabilidade civil são vários: a existência de um facto voluntário; que esse facto seja ilícito; existência de um nexo de causalidade de um facto ao lesante e a verificação efetiva de um dano. Retira-se da leitura do artigo que os pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos condicionarem a obrigação de indemnizar²³. Para que seja gerada responsabilidade é pressuposto necessário agir com culpa: é necessário que o facto ilícito tenha sido praticado com dolo ou mera culpa. A culpa manifesta-se com a intenção de provocar um dano ao violar uma proibição ou omitir deveres de cuidado²⁴.

No âmbito das relações entre cônjuges, a responsabilidade civil é um mecanismo recorrível, ainda para mais quando o mesmo parece resultar claro do nº 1 do artigo 1792º CC quando refere que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Esta norma é uma das importantes alterações introduzidas com a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro²⁵, que surgiu no âmbito da eliminação da culpa em contexto de divórcio. Podemos então facilmente questionar o eventual paradoxo entre a necessidade do pressuposto da culpa nos termos gerais da responsabilidade civil e a eliminação da necessidade de culpa em sede de divórcio com a alteração legislativa supra citada. Sabemos que, de acordo com o artigo 1773º CC, as modalidades do divórcio podem ser duas: por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges. Os fundamentos para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges encontram-se elencados no artigo 1781º CC. Note-se que todas as causas são objetivas, dado que, como referimos,

²³ Fernando Andrade Pires de Lima, João de Matos Antunes Varela, *Código civil anotado*, volume I, 4ª edição, 1987, p. 471.

²⁴ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 230.

²⁵ Disponível em [188](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1028&tabela=leis&ficha=1&pagina=, com última consulta a 28/06/2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ser dispensada a culpa. O fundamento apresentado na alínea d) do artigo encontra alguma amplitude, no entanto permanece a necessidade de ter de se basear num fundamento com pronunciada gravidade.

No que concerne à reparação dos danos, a norma prevista no artigo 1792º CC, tal como entende Clara Sottomayor, afasta o princípio da imunidade dos cônjuges (apesar de já não encontrar consagração legal no ordenamento jurídico português) e ainda o princípio da interpretação restritiva de que a norma não se aplicaria à relação entre cônjuges²⁶. De acordo com alguns autores, esta formulação legal identifica a violação de dever conjugal com violação de direitos de personalidade, admitindo que um cônjuge possa ser obrigado a indemnizar o outro em virtude da violação de deveres conjugais. Por um lado, alguns autores sustentam a sua posição com base no regime da responsabilidade contratual, no entanto, outros, por outro lado, entendem que a responsabilidade em questão é extracontratual, devido à natureza pessoalíssima dos deveres conjugais que, por este motivo, não devem ser entendidos como deveres de carácter obrigacional²⁷. É também o que entende o Supremo Tribunal de Justiça que, em acórdão de 17 de setembro de 2013 referiu que “com a redacção dada ao nº 1 do art. 1792º do CC pela Lei nº 61/2008, de 31-10, a reparação dos danos causados ao cônjuge alegadamente lesado, quer dos resultantes da própria dissolução do casamento, quer de factos que possam ter conduzido à ruptura da vida em comum, passa a ser feita nos meios comuns, de acordo com os princípios gerais de responsabilidade civil”²⁸.

Perante este circunstancialismo, é necessário averiguar ainda a responsabilidade civil por entes dotados de inteligência artificial, o que passaremos a fazer. Surge a questão de saber como resolver o problema de eventuais danos que surjam do uso da mesma. Como analisamos, a maioria dos modelos de responsabilidade civil assentam na ideia de culpa. É precisamente a exigência deste conceito que pode levar à insuficiência para lidar com os danos causados. Com a exigência deste pressuposto, a fronteira entre os danos provocados pelo

²⁶ Paula Távora Vitor, “Artigo 1792º”, in Maria Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil anotado: livro IV*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 570.

²⁷ *Idem*, pp. 570-571.

²⁸ Disponível em [https://jurisprudencia.csm.org.pt/?queries\[freesearch\]=1792](https://jurisprudencia.csm.org.pt/?queries[freesearch]=1792), com última consulta a 30/06/2024.

Homem ou por sistemas inteligentes pode ser muito difícil de traçar²⁹. Note-se que a conduta destes entes resulta de uma atuação absolutamente autónoma, sem interferência humana, através do processamento de dados. Poderá ser interessante analisar o nº 1 do artigo 493º CC que refere que “Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”. Nesta norma estabelece-se uma presunção de culpa relativamente aos que têm a seu cargo vigilância de coisas ou de animais ou exerce uma atividade perigosa. A criação de entidades capazes de vigiar e controlar a atividade dos sistemas de IA seriam igualmente importantes neste âmbito, já que recai sobre aqueles que têm a seu cargo o dever de vigilância uma presunção de culpa.

No caso em apreço a que dedicamos a nossa atenção, as lesões causadas no património podem, de facto, ser significativas. A Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à Inteligência Artificial³⁰. Desta recomendação são evidentes as preocupações inerentes com eventuais danos causados pelos sistemas de IA. Entendem que “um regime de responsabilidade civil para a IA deve ser objeto de um amplo debate público, tendo em conta todos os interesses em jogo, especialmente os aspetos éticos, jurídicos, económicos e sociais, a fim de evitar mal-entendidos e receios injustificados que a tecnologia possa causar entre os cidadãos”, considerando ainda que “procedimentos de indemnização justa significa que todos os que sofrerem danos causados pelos sistemas de IA ou cujos danos patrimoniais sejam causados por sistemas de IA devem beneficiar do mesmo nível de proteção que nos casos em que não esteja envolvida a IA”.

²⁹ Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência artificial...*, *op. cit.*, p. 77.

³⁰ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0276>, com última consulta 27/06/2024.

Conclusões

Tal como foi analisado ao longo do texto, o processamento de dados por entes dotados de IA pode acarretar problemas e alguns “atropelos” jurídicos, nomeadamente no que é relativo aos Direitos Fundamentais. Ficou, segundo o nosso entendimento, bastante clara a necessidade de criação de entidades reguladoras das ferramentas de processamento e tratamento de dados que, autonomamente, tenham poder decisório face a determinadas matérias. A discriminação e atropelamento de direitos pode realmente ser um problema no uso da IA. Com a criação das referidas entidades, poderá, de facto, haver mais e melhores garantias sobre os mecanismos de tomada de decisão, sendo mais ajustadas e, sobretudo, menos discriminatórias.

No caso em apreço, a barreira criada ao acesso a um crédito bancário com base na atuação de IA – quer seja ela pela limitação ao acesso ou mesmo pela total restrição – terá, certamente, impactos no património familiar, pelo que será, de facto, imperativo, avaliar a necessidade de responsabilização por estas restrições aplicadas.

No caso analisado, evidenciou-se uma correlação entre o fornecimento de dados a plataformas inteligentes com o impacto que o mesmo poderá ter no património familiar. Convocou-se, assim, a necessidade de avaliar o sucedido à luz daqueles que são os deveres conjugais a que os cônjuges se encontram adstritos, bem como a análise do regime da responsabilidade civil dentro da família e, ainda, a responsabilidade civil dos entes dotados de IA, sistemas aptos a tomar decisões autonomamente.

FAMÍLIA NA SAÚDE E NA DOENÇA?: O ENVELHECIMENTO PORTUGUÊS E A URGÊNCIA EM REPENSAR AS CAUSAS DE INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.11>

Rita Resende Ribeiro Ferreira

Vozes silenciadas

A evolução da medicina, o desenvolvimento dos cuidados de saúde e a melhoria das condições de vida são fatores que têm influência no aumento da esperança média de vida, que hoje em Portugal se situa nos 80 anos. Este aumento exponencial da esperança média de vida, aliado à baixa taxa de natalidade, justificada por alterações sociais como o planeamento familiar, a entrada da mulher no mercado de trabalho, o aumento da escolaridade e a procura por estabilidade financeira, têm levado a uma redução na taxa de fecundidade, considerando a opção de muitos casais de dar à luz menos filhos ou adiar a parentalidade para idades mais avançadas. Todos estes fatores conjugados colocam Portugal nos lugares cimeiros dos dez países mais envelhecidos do mundo, apenas ultrapassado pela Alemanha, Itália e Japão. Segundo os censos de 2022, a percentagem de idosos em Portugal é de 23,8% e estima-se que estes números vão crescer cada vez mais, sendo previsto que em 2050 a população idosa compreenda um terço da população total¹.

¹ Estatísticas consultada na PORDATA, disponível em: [https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios+\(percentagem\)-3018](https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios+(percentagem)-3018), consultada a 25/06/2023.

Numa sociedade cada vez mais voltada para os valores materiais, evolutivamente egoísta e competitiva, adepta da produtividade incessante, dominada por uma cultura que não valoriza, antes deprecia, os mais velhos, à qual repugna o abrandamento do mercado desenfreado e do ciclo económico, a pessoa idosa tende a descansar no esquecimento, desprovida de proteção. Não são raras as vezes em que as pessoas idosas estão expostas a práticas que atentam contra os seus direitos fundamentais e violam a dignidade da pessoa humana.

A Organização Mundial de Saúde, no relatório para a prevenção dos maus-tratos contra a pessoa de idade, indica que 4 milhões de idosos são vítimas de maus-tratos na Europa no período de um ano, com particular incidência nos países mais pobres, nos quais se inclui Portugal².

Em 2021, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, doravante APAV, registou 1594 casos de violência doméstica praticada contra idosos, o que significa que houve pelo menos em média 4 vítimas por dia e 31 por semana. O relatório elaborado pela APAV sobre as pessoas idosas vítimas de crime e de violência entre 2013 e 2020 mostra que, em 36.9% dos casos, os atos eram praticados pelos próprios filhos, sendo o cônjuge o agressor em 27.5% dos casos. Segundo o relatório da APAV entre 2013 e 2020, foram registados 10.307 processos de apoio a pessoas idosas, sendo que 8.458 foram vítimas de crime e violência. O mesmo estudo conclui que 73% das vítimas são do sexo feminino. A faixa etária entre os 65 e os 69 ocupa uma percentagem de 26,8%, sendo que dentro dessa percentagem, os agressores são maioritariamente os filhos da vítima. Relativamente aos tipos de crime praticados, a maioria enquadra-se no crime de violência doméstica, numa percentagem de 79.87%, seguida dos crimes contra as pessoas (15.05%) e os crimes contra o património (4.38%)³.

No entanto, muitos destes casos não saíram do silêncio, não são conhecidas as cifras negras nesta matéria, uma vez que a violência contra idosos é muitas vezes invisível e silenciada. Os crimes cometidos contra os idosos

² In “Abuso de pessoas idosas”, Resumo de políticas da UNECE (Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa) sobre o envelhecimento, nº 14, Outubro 2013, disponível em: https://unece.org/DAM/pau/age/Policy_briefs/Portuguese/PB14_V02.pdf, consultado a 25/06/2023.

³ Estatísticas da APAV, disponível em: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Pessoas_Idosas_Vitimas_Crime_Violencia_2013-2020.pdf.

geralmente ficam por denunciar devido às barreiras morais e psicológicas que as vítimas enfrentam ao procurar ajuda. Aliado ao sentimento de vergonha e humilhação decorrente da perda de autonomia, coexiste o temor em relação às possíveis consequências de denunciar tais abusos, além das limitações físicas significativas que podem dificultar o processo. Talvez isso explique o menor número de decisões dos nossos tribunais superiores sobre os crimes praticados contra idosos⁴.

Não obstante todas as dificuldades na delimitação do conceito de pessoa idosa, temos que reconhecer que a idade pode colocar as pessoas numa posição de particular desvantagem e vulnerabilidade, num contexto de necessidades próprias cujas especificidades devem ser assumidas, protegidas e tuteladas, mormente no plano jurídico. Trata-se de reconhecer que as pessoas em idade avançada não estão numa situação de igualdade nas relações sociais ou no acesso a determinados bens, o que justifica uma diferenciação como forma de conseguir a equiparação⁵.

A verdade é que a incapacidade no idoso é muito menos reconhecida e estudada pela sociedade do que nas crianças. Não pretendemos desvalorizar o sofrimento das crianças que são vítimas, apenas alertar para uma realidade muitas vezes esquecida e ignorada de tantos idosos que sofrem em silêncio. Bem sabemos que a sociedade se deixa compadecer pelo bonito e frágil, como as crianças, em detrimento dos idosos enrugados muitas vezes encarados como fardos, perante as vidas assoberbadas que todos levamos. Contudo, é urgente começar a debruçar a nossa atenção para os idosos, uma vez que estamos perante uma realidade demográfica tão diferente de tempos anteriores.

Ora, a lei tem um papel fundamental no reforço de valores morais e na orientação de condutas; daí a urgência de uma especial atenção ao desenvolvimento de mecanismos de tutela e garantia dos direitos dos mais velhos⁶.

A desagregação familiar gerada nas sociedades modernas, com a grande mobilidade das pessoas num mundo globalizado à escala planetária, rompeu

⁴ Faria, Maria Paula Ribeiro, *Os crimes praticados contra as pessoas idosas*, 2ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2018, pág.99.

⁵ Leão, Anabela Costa, “Vulnerabilidade, discriminação e estereótipos”, in atas do seminário: *Autonomia e Capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto, Universidade do Porto, 2018, pp. 34-35.

⁶ Faria, Maria Paula Ribeiro, *Os crimes praticados contra as pessoas idosas*, 2ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2018, p. 12.

com o modelo de família em que se fundaram os sistemas sucessórios vigentes na sociedade europeia, na qual nos incluímos.

Neste quadro, cabe-nos analisar se o nosso direito acompanhou as necessidades da sociedade, se estamos preparados para proteger os nossos idosos, enquanto sujeitos autónomos de direitos, mas vulneráveis e, em certas circunstâncias, desprotegidos.

Assim, ao longo deste trabalho iremos tentar demonstrar como Direito Sucessório pode constituir um instrumento de relevância ímpar na salvaguarda dos interesses das pessoas que trilharam a última etapa da existência humana, podendo, quiçá, desempenhar um papel primordial na restauração da justiça.

Promoção e proteção dos idosos através dos Direitos das Sucessões

Podemos olhar para a família como um tecido de relações de entrega e interdependência, de fios que se entrelaçam formando um todo comum, erigindo-se como a mais antiga fonte de solidariedade. A sua essencialidade na comunidade, enquanto pioneira das relações humanas e de garantia de necessidades primárias, justifica a intervenção do direito para a sua regulamentação, uma vez que fortalecer a instituição familiar é fundamental para o bem-estar individual e coletivo. Sem olvidar que a atuação e o comportamento intrafamiliar se regem por padrões éticos e obrigações morais, tendendo à autorregulação, mostra-se fundamental o equilíbrio entre as normas jurídicas e as normas morais, de forma que haja uma conformação dos comportamentos.

No entanto, a família, enquanto uma das instituições mais antigas da história da humanidade, vive um tempo novo, enfrenta mudanças significativas nos seus valores, nas suas relações e nas suas estruturas familiares. Algumas destas mudanças acarretam consequências negativas que comportam a fragilização dos laços de solidariedade e reciprocidade refletidas especialmente na pessoa idosa.

Neste contexto, o direito sucessório poderá ter um importante papel na proteção do idoso. Como refere Paula Guimarães, a proteção do idoso, no âmbito do Direito das Sucessões, pode realizar-se *“através da prevenção, com um objetivo pedagógico de sensibilização e punição dos herdeiros, chamando-lhes a*

atenção para a necessidade de cumprir as suas obrigações face ao autor da herança”. A autora considera que dos “*principais problemas jurídicos que se colocam hoje na área do envelhecimento (...) [um deles consiste em] mudar o sistema sucessório*”⁷.

O direito sucessório português está desatualizado e incapaz de responder às necessidades da sociedade atual. Urge que o direito se conecte com a realidade prevalente; todavia, no direito sucessório português temos uma regulação obsoleta que não dá resposta às necessidades e exigências da sociedade⁸. Diz-nos Corte Real, na sua dissertação de doutoramento, que “*o direito das sucessões por um lado tem vegetado à sombra de pressupostos historicistas algo desencontrados e por outro lado, vem caindo na consagração de soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar*”⁹.

A doutrina tem implorado pela renovação do regime sucessório para acompanhar os “novos ventos familiares”, uma vez que entendem ser importantes para a adaptação deste ramo do direito às novas estruturas e realidades familiares¹⁰.

Consequentemente, entendemos ser de enorme relevância rever a legislação sucessória, na medida em que possa ser propulsora de mudanças nos comportamentos, dando à comunidade sinal da relevância da solidariedade intrafamiliar, por contraposição ao imperante individualismo.

A este propósito cumprirá realçar as finalidades preventivas que a lei sucessória está vocacionada a prosseguir, resguardando a ocorrência de situações desvaliosas, por vezes com consequências irreparáveis para a pessoa autora da sucessão¹¹.

Debruçando-nos sobre o nosso Direito Sucessório, este navega em torno de dois princípios fundamentais: por um lado, a liberdade de testar e a autonomia da vontade, através da sucessão voluntária; e, por outro lado, a

⁷ Guimarães, Paula, “O estatuto dos Idosos no Direito Português ou o Fim do Idoso Crepuscular”, in *Geriatrics*, Ano XI, Volume XI, nº 101, 1998, p. 16.

⁸ Pinheiro, Jorge Duarte, *O direito das sucessões contemporâneo*, 5ª Edição, Lisboa, Gestlegal, 2022, pp. 30-31.

⁹ Corte-Real, Carlos Pamplona, *Da imputação de Liberalidades da Sucessão Legitimária*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, Lisboa, 1989, p. 12.

¹⁰ Morais, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva, *Direito das Sucessões e Direito da Família: Eternas Questões, Respostas Atuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 7.

¹¹ Pedro, Rute Teixeira, “What goes around comes around?” A promoção da solidariedade interindividual através do direito das sucessões”, in *Vulnerabilidad y cuidado: Una aproximación desde los derechos humanos*, Vol. 12, nº 1, Oñati Socio-Legal Series, 2022, p. 80.

proteção familiar, consagrando de forma imperativa a sucessão legitimária para os familiares mais próximos do *de cuius*.

O sistema sucessório português norteia-se, marcadamente, pelo princípio de proteção da família que se encontra espelhado através da consagração da sucessão legal. Este princípio surge sustentado pela convicção na solidariedade familiar, onde a família representa o círculo mais próximo, aqueles que prestam apoio incondicional, onde as relações são mais íntimas, constituindo, essencialmente, a rede de suporte ao longo de toda a vida. No entanto, nos dias de hoje, esta realidade não se traça de forma tão nítida. Infelizmente, este ciclo de solidariedade intergeracional tem sido quebrado.

Apesar desta realidade, o nosso direito sucessório continua a privilegiar as relações familiares mais próximas através da obrigatoriedade da sucessão legitimária, permitindo que, muitas vezes, quem pratica comportamentos desvaliosos contra o autor da sucessão continue a gozar de prioridade na hierarquia dos sucessíveis.

A capacidade sucessória no nosso ordenamento jurídico está relacionada com a idoneidade e aptidão para ser chamado a suceder como herdeiro ou legatário de determinada pessoa¹².

Segundo o princípio geral da incapacidade que se encontra expresso no artigo 2033.º, nº 1, *in fine*, a capacidade sucessória é a regra, ou seja, todos têm capacidade sucessória, se não se verificarem alguma das exceções previstas na lei. No fundo, a capacidade sucessória define-se pela negativa, ou seja, terão capacidade sucessória os sucessíveis que não tenham sido deserdados, nem que sejam indignos. A nossa lei determina, excepcionalmente, que certas pessoas, relativamente a outras pessoas determinadas e por causa de determinados comportamentos, não estão aptas nem capazes para lhes suceder.

Esta incapacidade, enquanto desvio à regra, tem um fundamento muito próprio, pois não se baseia em razões objetivas, nomeadamente incapacidade natural por razões físicas, mas sim em razões subjetivas, relacionadas com comportamentos graves cometidos contra o autor da herança e que a lei repudia através de institutos especialmente consagrados, como a indignidade, prevista no artigo 2034.º, e a deserdação, estabelecida no artigo 2166.º do CC. Consideramos que as incapacidades sucessórias podem ser importantes

¹² Coelho, Francisco Manuel Pereira, *Direito das Sucessões, lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1992, p. 147.

mecanismos de reação e de garantia do cumprimento de deveres familiares. Na verdade, entendemos que tanto a indignidade como a deserdação podem ser importantes travões a comportamentos comprometedores do bem-estar e da dignidade da pessoa idosa.

Destarte, iremos tentar demonstrar como estes dois institutos podem ter uma função preventiva e pedagógica, não obstante considerarmos que tanto um como outro consagram um elenco de causas manifestamente insuficiente para fazer face à realidade que atrás diagnosticámos.

Estes dois institutos que, apesar de terem consequências idênticas e cumprirem finalidades punitivas, são autónomos e distintos. O artigo 2034º fundamenta a indignidade em razões objetivas com natureza mais repressiva, sustentando-se na intolerabilidade social dos crimes cometidos contra o autor da sucessão, não atribuindo particular importância a fatores subjetivos, como a vontade, mas sim à ordem social. Já o regime da deserdação, do artigo 2166º, baseia-se na vontade do autor da sucessão que tem que declarar expressamente a deserdação do herdeiro legitimário, o núcleo base da deserdação é a fratura da relação familiar¹³.

Incapacidades sucessórias

a) Indignidade

No que concerne ao instituto da indignidade, é a conotação negativa inerente à palavra e conceito de indignidade que inspira o legislador na conformação do instituto legal que lhe deu o nome, criando-o com vista ao sancionamento daqueles que praticam comportamentos legal e moralmente reprováveis, e, por causa disso, não têm idoneidade para suceder nas relações patrimoniais do autor da herança.

É assim que, nos termos do estatuído no artigo 2034º do CC, a incapacidade por indignidade surge como consequência da prática de algum

¹³ Faria, Maria Paula Ribeiro, “Os efeitos sucessórios da condenação por crimes praticados contra pessoas idosas”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, STVDIA IVRIDICA 108, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 550.

dos atos ilícitos ali previstos, podendo, nessa medida, definir-se como a falta de idoneidade de uma pessoa para ser herdeira ou legatária de outra pessoa.

Segundo Eduardo dos Santos a incapacidade por indignidade define-se pela “*desqualificação social do sucessível para este merecer o benefício sucessório. Porque ele violou elementares deveres de respeito para com o autor da sucessão, quanto aos bens da vida, honra ou liberdades*”¹⁴.

Historicamente, a doutrina voluntarista atribuía o fundamento da indignidade à vontade presumida do *de cuius* de excluir da herança o sucessível que tivesse praticado determinados comportamentos. No entanto, a doutrina moderna alicerçou-se numa perspetiva mais objetivista, entendendo que o pilar da indignidade refletia a repugnância que suscitava na consciência social o facto de vir a suceder quem tão gravemente ofendeu o autor da sucessão¹⁵.

O cerne da formulação do instituto da indignidade reside, pois, na noção de justiça, que é percebida como um contrapeso à injustiça e até à intolerabilidade social, penal e ética que surgiria caso alguém que, intencional e criminosamente, prejudicou o autor da sucessão, venha a ser beneficiado patrimonialmente por aquilo que a este lhe pertencia em vida. A sua *ratio* está, portanto, associada ao facto de as condutas praticadas contra o autor da sucessão serem socialmente intoleráveis, tornando-se injustificável que um indigno beneficie da herança deixada por aquele que ele lesou, sob pena de se legitimar um verdadeiro abuso do direito (artigo 334º CC)¹⁶.

A indignidade assume, portanto, um carácter sancionatório, vindo, por isso, a ser qualificada pela maioria da doutrina como uma pena civil de carácter repressivo, pois impede o acesso aos bens a que o sucessor eventualmente teria direito, no caso de o mesmo praticar algum comportamento que esteja tipificado na lei como causa de indignidade.

Oliveira Ascensão chega mesmo a defender que a indignidade pode ser qualificada como uma pena, pois ao contrário da sanção civil que é reparadora, a natureza da indignidade é repressiva. Advoga ainda que será sempre

¹⁴ Santos, Eduardo dos, *O Direito das Sucessões*, Vega, 1998, p. 96.

¹⁵ Ascensão, José de Oliveira, “As actuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória”, *Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública, O Direito*, Ano 101/1970, p. 263.

¹⁶ Faria, Maria Paula Ribeiro, “Os efeitos sucessórios da condenação por crimes praticados contra pessoas idosas”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, STVDIA IVRIDICA 108, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 549.

considerada uma pena civil e nunca uma pena criminal, pois a indignidade nem sempre pressupõe um ato criminal e, mesmo quando o é, não resulta enquanto pena ou efeito da pena, trata-se uma consequência autónoma no plano civil¹⁷.

No fundo, o objetivo deste instituto é proteger a ordem social contra atos ilícitos ou até criminosos que colocam em causa a consciência ético social e que, portanto, merecem censura e tutela por parte do nosso ordenamento jurídico, independente da vontade expressa do autor da sucessão.

A indignidade encontra-se especificamente prevista sob o artigo 2034º do Código Civil, que indica quais os comportamentos que conduzem à perda de capacidade sucessória e, que, conseqüentemente, se traduzirão na incapacidade de suceder numa determinada herança. Neste normativo são identificados quatro factos que determinam a indignidade: *alínea a), o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado; alínea b), o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza; alínea c), o que por meio de dolo ou coação induziu o autor da sucessão a fazer, revogar o modificar o testamento, ou disso o impediu; alínea d), o que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.*

Relativamente ao modo como opera a indignidade, os autores, ao longo dos tempos, têm tentado responder às seguintes questões: Será que a indignidade e as suas consequências se produzem automaticamente? Ou será que é preciso uma declaração judicial para se afirmar que uma pessoa é indigna e conseqüentemente sofrer os efeitos do instituto?

Assim, há quem sustente que, para haver incapacidade por indignidade, é sempre necessário a interposição de uma ação destinada a obter a declaração de indignidade¹⁸, a que se reporta o artigo. 2036º, e, diversamente, quem sustente que a indignidade opera automaticamente, só se tornando necessário o

¹⁷ Ascensão, José de Oliveira, *ob.cit.*, p. 264.

¹⁸ Coelho, Francisco Manuel Pereira, *Direito das Sucessões, lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1992, p. 215; Lima, Pires de; Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 40-42; Corte-Real, Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, sociedade editora, 2012; Fernandes, Luís Carvalho,

recurso à ação de declaração de indignidade se e quando o indigno estivesse na posse dos bens¹⁹.

Não obstante toda esta querela doutrinária, entendemos que com a recente alteração legislativa trazida pela Lei nº 82/2014, de 30 de Dezembro de 2014²⁰, as dúvidas relativamente à necessidade de interposição de uma ação de indignidade ficaram praticamente sanadas.

Com as alterações trazidas pela nova lei, podemos concluir que a declaração de indignidade sucessória pode ser desencadeada de três formas. Em primeiro lugar, em sede de condenação criminal, através do enunciado normativo 69ºA CP, caso o Tribunal considere, após um juízo ponderativo, ter fundamentos suficientes para decretar a pena acessória de declaração de indignidade sucessória. Em segundo lugar, por iniciativa do Ministério Público, nos termos do artigo 2036º CC, no caso em que o único herdeiro da vítima é o arguido sujeito à indignidade ou no caso em que a indignidade sucessória não foi decretada em sede de sentença penal e esteja em causa o crime disposto na alínea a) do artigo 2034º CC. Por último, através da iniciativa dos restantes herdeiros, conforme estipula o nº 1 do artigo 2036º CC²¹.

Relativamente aos efeitos da indignidade, resulta do artigo 2037º do CC que o instituto despoleta a exclusão do sucessor da sucessão em que ele tiver sido considerado indigno, conduzindo à inexistência da vocação sucessória. A retroatividade característica da indignidade implica considerar que tudo acontecerá como se o indigno nunca tivesse sido chamado.

Lições de Direito das Sucessões, 4ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 185-190; Dias, Cristina Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, 7ª edição, Almedina, 2020, pp. 123-124.

¹⁹ Sousa, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, volume I, 4ª edição renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 297-300. Ascensão, José de Oliveira, “As actuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória”, in *Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública. O Direito*, Ano 101/1969, pp. 294ss. e 102/1969, pp. 3-21.

²⁰ O episódio que despoletou a iniciativa legislativa reporta-se a novembro de 2012, no âmbito do Dia Internacional de Erradicação da Violência contra as Mulheres, o Departamento Nacional das Mulheres Socialistas sugeriu à Câmara Municipal de Lisboa que, em pareceria com o Observatório das Mulheres Assassinadas da UMR, descerrasse uma placa invocativa com o nome das mulheres que tinham sido mortas na cidade de Lisboa às mãos dos seus maridos, companheiros ou namorados. Para que este gesto simbólico fosse levado a cabo era necessária a autorização dos herdeiros legais dessas mulheres. E foi numa rua de Lisboa, à conversa com um vizinho de uma destas mulheres, que nos confrontámos com o facto de que aquele que podia dar a autorização para a utilização do nome na placa de homenagem era o próprio homicida, porque, não havendo outros familiares próximos, ninguém tinha tentado uma ação a solicitar a indignidade sucessória, o que levava a que neste caso, este homem, a cumprir pena por ter assassinado a mulher, estivesse a receber uma pensão de sobrevivência por morte da vítima. In *Diário da Assembleia da República*, 1ª Série, nº 4, de 25 de setembro de 2014, disponível em www.parlamento.pt.

²¹ Varajão, Joana de Sousa, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Lisboa, 2020. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 106.

b) Deserdação

No que concerne ao instituto da deserdação, este aparece-nos no Livro V – Direito das Sucessões e insere-se no Capítulo I, Título III, intitulado “Da sucessão legitimária” do nosso Código Civil. A deserdação está prevista e regulamentada no artigo 2166º do CC, trata-se de um instituto específico da sucessão legitimária que permite ao autor da sucessão afastar o herdeiro legitimário da sua herança. Como fundamento da deserdação, temos a proteção da harmonia no ambiente familiar, proporcionando ao autor a possibilidade de excluir da sua herança quem ofendeu muito gravemente valores através da prática de atos moralmente inaceitáveis ou atos ilícitos.

Assim, num sentido amplo, a deserdação compreende o ato a partir do qual o de cuius afasta da sua herança uma pessoa previamente designada para lhe suceder, ou seja, significa excluir alguém da herança. Já numa perspetiva mais restrita, que é a utilizada pela lei, a deserdação consiste no ato através do qual o de cuius pode privar o sucessível da posição jurídica que lhe cabia enquanto herdeiro legitimário.

O efeito fundamental da deserdação é privar o sucessível da legítima. Não obstante, a doutrina tem-se interrogado sobre se a deserdação também impede o acesso à sucessão legítima e testamentária. Entendemos que sim, uma vez que, se o autor da sucessão pode por ato livre afastar o sucessível daquilo que é indisponível, por maioria de razão será afastado do que é disponível, há de presumir-se que o autor não quererá que ele também suceda num direito que pode ser afastado pela sua própria vontade²².

Ora, a deserdação não atua automaticamente, estando dependente da vontade do autor. É, pois, indispensável que ele manifeste a sua intenção nesse sentido, sendo absolutamente necessário que o autor celebre um testamento, onde indique de forma expressa uma das causas de deserdação que integram o artigo 2166º do CC: *a) Tenha sido condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão; b) Tenha sido condenado*

²² Corte-Real, Pamplona, *ob.cit.*, Lisboa, p. 213.

por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas; c) Sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.

Desta forma, podemos apontar os seguintes requisitos para a deserdação operar: primeiro, é necessário que seja feita através de testamento; além disso, a causa da deserdação deve ser expressa; por último, a causa deve ser uma das admitidas por lei.

No que concerne aos efeitos da deserdação, o artigo 2166º, nº 2, do CC equipara o deserddado ao indigno para todos os efeitos legais, no plano da eficácia jurídica.

Necessidade de alteração legislativa

Chegados ao cerne do problema que tem vindo a ser formulado, cabe-nos referir que subscrevemos a doutrina maioritária²³ e o entendimento de que o elenco do artigo 2034º e do artigo 2166º do Código Civil são taxativos.

Na verdade, no espírito do legislador terão estado razões de certeza e segurança jurídicas, pois, consciente da gravidade, da censurabilidade e das consequências que os regimes impõem ao sucessível, considerou que seria mais cauteloso evitar o arbítrio judicial a que as diversas interpretações poderiam conduzir. Temos que admitir que a gravidade do efeito que os institutos produzem e o juízo de censura que lhe está associado parecem exigir o detalhe da enumeração legal taxativa, não se bastando uma previsão genérica passível de, por via interpretativa, incluir casos de gravidade análoga.

Mas dito isto, não podemos deixar de considerar manifestamente insuficientes as causas de indignidade e deserdação positivadas na lei, pois excluem de forma incompreensível e injustificada crimes de elevada gravidade e censurabilidade.

Esta insuficiência torna-se ainda mais evidente num país que enfrenta um envelhecimento crescente da população, acompanhado por um substancial

²³ Corte-Real, Pamplona, *ob.cit.*, p. 207; Fernandes, Luís Carvalho, *ob.cit.*, pp. 183-185; Pinheiro, Jorge Duarte, *ob.cit.*, p. 234; Dias, Cristina Araújo, *ob.cit.*, pp. 120-122; Telles, Inocêncio Galvão, *Sucessões, Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, p. 38.

aumento dos crimes perpetrados contra idosos. A atual legislação é inadequada para lidar com a complexidade da sociedade dos dias de hoje.

Não pode deixar de gerar perplexidade que o legislador tenha deixado de fora do leque das causas de indignidade crimes como maus-tratos, violência doméstica e crimes sexuais. Estas omissões são particularmente inexplicáveis à luz da realidade atual. De tal modo que nos permitimos concluir que o nosso direito sucessório, originalmente projetado para proteger a instituição da família, tem sido vítima de um imobilismo incompreensível, não se tendo ajustado aos nossos tempos. O Código Civil permite a situação paradoxal de que alguém que nunca se comportou como família do *de cuius* possa receber o seu património apenas por ter com ele laços de sangue.

Mais: a lacuna legislativa nesta matéria leva os tribunais a terem que recorrer a institutos como o abuso de direito, ou outros de cariz residual, como o enriquecimento sem causa, ou o conceito de bons costumes, para conseguirem impedir que quem praticou crimes graves contra o autor da herança não previstos nas causas de indignidade taxadas na lei, seja impedido de receber o património daquele²⁴.

Todavia, contornando-se desse modo a taxatividade das causas de indignidade e da deserdação, acaba-se também, de alguma forma, por se contrariar o objetivo da certeza e segurança jurídicas visado pelo legislador.

Neste sentido, torna-se premente e urgente uma reforma legislativa que amplie as hipóteses de indignidade e deserdação para que seja capaz de abarcar a realidade atual e os seus cenários multifatoriais.

No que concerne ao instituto da indignidade, o artigo 2034.º mantém-se na sua versão original publicada com o Código Civil em 1966, há 58 anos. Mais de meio século em que quase tudo mudou na sociedade, desde os valores morais, passando pelas mentalidades e acabando no conceito estrutural de família.

A relevância dos afetos e a necessidade premente de proteção das pessoas idosas podem ser reconhecidas mediante uma revisão dos fundamentos que regem o instituto da indignidade. Este instituto apresenta um potencial

²⁴ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 7-01-2010, proferido no processo nº 104/07.9TBAMR.S1, relator Pires da Rosa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a1c5dbe7191b5ae802576a50032d005?OpenDocument>

notável no que diz respeito à proteção das pessoas idosas, ainda não completamente explorado pelo nosso legislador. Pelo que, uma revisão mais abrangente e atualizada desse instituto pode contribuir significativamente para a promoção do bem-estar e da segurança das pessoas idosas na sociedade contemporânea²⁵. Isto porque todos estariam conscientes de que certos comportamentos acarretariam consequências jurídicas onerosas do ponto de vista patrimonial, constituindo uma motivação dissuasora da prática de crimes contra os idosos.

As vulnerabilidades associadas à idade avançada tendem necessariamente a levar os idosos a resistir à denúncia dos seus familiares, herdeiros, seja por incapacidade física ou intelectual, dependência afetiva, emocional ou até económica, e, ainda sentimentos de vergonha e receio. Ora, na indignidade, o autor da sucessão, idoso ou não, está protegido pelo próprio sistema judiciário, dado que a nossa lei prevê que a ação destinada a obter a declaração de indignidade possa ser intentada pelos outros herdeiros interessados e, na falta destes, pelo Ministério Público, artigo 2036º, nº 2, do CC.

Somos a favor da taxatividade das causas da indignidade dado o seu carácter excepcional e a gravosidade das consequências que implica, não sendo compatíveis com um elenco aberto, sujeito à livre interpretação. No entanto, considerando o elenco que o artigo 2034º abarca, entendemos que o legislador se esqueceu de crimes igualmente ou até mais graves do que os crimes ali previstos. É difícil compreender como é que a alínea b), que engloba condenação pelos crimes de denúncia caluniosa e de falsidade de testemunho, é causa de indignidade, enquanto uma condenação por crimes como violência doméstica, maus-tratos, crimes sexuais e exposição ou abandono foram inexplicavelmente excluídos da lista. Por maioria de razão considerando os bens jurídicos protegidos pelo tipo legal de crime e as suas molduras penais, os crimes supramencionados também deveriam enquadrar o elenco das causas de Indignidade.

O fundamento da indignidade alicerça-se, por um lado, na gravidade da conduta perpetrada, devendo esta despertar impacto na consciência social da comunidade. Além disso, a indignidade assenta na vontade presumida do

²⁵ Morais, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva, *Direito das Sucessões e Direito da Família: Eternas Questões, Respostas Atuais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, p. 49.

autor da sucessão, que jamais permitiria que o seu património fosse transmitido a alguém que cometeu atos tão repulsivos²⁶.

Deste modo, acreditamos que para que se proceda a uma alteração legislativa e o cometimento de um certo crime passe a ser considerado causa de indignidade, é imperativo que se verifiquem, cumulativamente, três requisitos: gravidade da conduta, intolerabilidade social e vontade presumida do autor²⁷.

Perante o que foi exposto ao longo da dissertação entendemos que o crime de violência doméstica, o crime de maus-tratos, o crime de exposição ao abandono, os crimes sexuais e o crime de violação de alimentos devem ter consagração expressa no artigo 2034º como causa de indignidade. Nestes crimes, estão em causa a proteção de bens jurídicos pessoais. São crimes que configuram ofensas graves a bens jurídicos que apresentam um lugar cimeiro na hierarquia dos bens jurídicos jusfundamentais, uma vez que representam um elevado grau de importância no quadro axiológico-constitucional dos direitos fundamentais.

Assim, entendemos que se revela imperativa uma atualização legislativa, de modo a contemplar uma maior diversidade de situações que podem conduzir à indignidade. O intuito é que o sistema jurídico seja capaz de responder de forma justa e adequada a atos que ofendam a ética, a moral, os valores fundamentais que regem as relações humanas e a vida em sociedade.

Desta forma, propomos que o artigo 2034º do Código Civil passe a ter a seguinte formulação:

Artigo 2034º (Incapacidade por indignidade)

Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:

- a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado;*
- b) O condenado pelo crime de violência doméstica contra as pessoas referidas na alínea anterior;*

²⁶ Varajão, Joana de Sousa, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Lisboa, 2020. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 23.

²⁷ *Idem*, p. 23.

- c) *O condenado pelo crime de maus-tratos contra as pessoas referidas na alínea a;)*
- d) *O condenado por um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual contra as pessoas referidas na alínea a)*
- e) *O condenado pelo crime de exposição ao abandono contra as pessoas referidas na alínea a);*
- f) *O condenado pelo crime de violação da obrigação de alimentos contra as pessoas referidas na alínea a);*
- g) *O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;*
- h) *O que por meio de dolo ou coação induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;*
- i) *O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.*

O nosso sistema sucessório, apesar de ser um sistema misto, é inspirado por um princípio de proteção familiar que está profundamente enraizado na nossa legislação²⁸. O legislador procura beneficiar os familiares mais próximos do autor da sucessão, pois pressupõe que serão eles quem terão uma ligação mais forte e uma maior proximidade afetiva. Portanto, os herdeiros legitimários gozam uma expectativa jurídica relativamente à sua quota indisponível que lhes caberá aquando da partilha após a morte do autor da sucessão. Destarte, o autor da sucessão apenas pode afastar os herdeiros legitimários da legítima verificando-se alguma das causas do artigo 2166º através do instituto da deserdação.

Tradicionalmente, a sucessão legitimária está associada aos deveres familiares de auxílio mútuo, de não deixar ninguém desamparado. Assim, ao benefício *mortis causa* que representa a legítima devíamos associar o cumprimento dos deveres familiares de solidariedade, auxílio, assistência e respeito.

²⁸ Dias, Cristina Araújo “A proteção sucessória da família-notas críticas em torno da sucessão legitimária”, in *Helena Mota e Maria Raquel Guimarães (coord.), Atas do Congresso Internacional: Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Porto, Almedina, 2016, pp. 449-465.

No entanto, o problema relativamente à obrigatoriedade legal da sucessão legitimária levanta-se quando há um incumprimento dos deveres familiares, gerando-se situações injustas de familiares que foram beneficiados porque a lei assim o permite, apesar de não terem feito nada por o merecer. O ordenamento jurídico português não oferece aos autores das heranças mecanismos de reação contra os herdeiros para os penalizar por situações de abandono, nem, por outro lado, conseguem beneficiar filhos que tenham tido uma conduta mais diligente, presente e afetuosa para com eles. Na verdade, no nosso direito das sucessões os laços biológicos impõem-se perante os laços de afeto e até mais do que a própria autonomia da vontade²⁹.

Por estas razões, entendemos que o nosso Código Civil devia prever como motivo de deserdação do artigo 2166º do CC a falta de relação afetiva e o abandono emocional, uma vez que não é justo que quem nunca cumpriu com as suas obrigações familiares, ou quem nunca espelhou nos laços afetivos aquilo que os laços biológicos estabeleceram, não deverá beneficiar de uma posição protegida na sucessão legitimária. Também, Rita Lobo Xavier defende que as causas de deserdação devem ser alargadas, nomeadamente, permitindo que o autor da sucessão possa afastar um herdeiro com base na ausência de relação afetiva³⁰.

Na verdade, no direito sucessório catalão, o artigo 451-17.2 e) CCC³¹ estabelece que é causa de privação da legítima a ausência manifesta e continuada da relação familiar entre o autor da sucessão e o legitimário, desde que a rutura seja imputável ao herdeiro. A doutrina espanhola ressalva que este fundamento de deserdação introduzido no direito catalão permite manter a legítima adaptando-a à nossa sociedade, permitindo que o comportamento dos sucessíveis seja espelhado no reconhecimento dos direitos sucessórios. Todavia, esta solução, tem sido bastante contestada no país vizinho, uma vez que gera insegurança jurídica, tendo em conta que a falta de afeto e de relacionamento efetivo são conceitos difíceis de aferir, pois estamos a falar de conceitos muito pessoais e intrínsecos a cada pessoa.

²⁹ Dias, Cristina Araújo, *ob. cit.*, p. 461.

³⁰ Xavier, Rita Lobo, “Para quando a renovação do Direito sucessório português”, in *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, 1ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2017, p. 608.

³¹ *Artículo 451-17.2 e): La ausencia manifesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.*

Não obstante, a difícil definição destes conceitos, entendemos que o nosso legislador deveria seguir o exemplo do direito catalão e incluir uma nova alínea relacionada com a ausência manifesta e continuada da relação familiar como causa de deserção.

No entanto, no seguimento das autoras Esther Amayuelas e Esther Amorós, consideramos ser relevante estipular um período temporal para tornar a norma mais concreta e para facilitar o trabalho ao julgador e evitar indefinições e dificuldades de valoração, uma vez que a inexatidão facilita a arbitrariedade³².

Por outro lado, divergimos da norma catalã ao considerarmos desnecessário exigir que se prove a culpa, porque acreditamos que o espírito da norma deve focar-se na realidade fática da ausência de relação e um abandono afetivo, independentemente da culpa, tal como sucede na rutura do casamento que, nos dias de hoje, já não exige que se apure o responsável pelo fim do casamento.

Quanto ao conceito de ausência manifesta e continuada de relacionamento familiar, consideramos que os pressupostos podem fundamentar-se na ausência de cumprimento dos deveres familiares, não haver um mínimo de auxílio, de assistência e respeito, associados à desresponsabilização e desinteresse pela vida do autor da sucessão.

Seria interessante olhar para os pressupostos que estabelecem a separação de facto dos cônjuges, prevista no artigo 1782º do CC³³. Neste caso, há um elemento objetivo que é a falta de vida em comum dos cônjuges e um

³² Amayuelas, Esther Arroy; Amorós, Esther Farnós, “Nuevas causas de privación de la legítima: Más libertad para el testador?”, in *Helena Mota e Maria Raquel Guimarães (coord.), Atas do Congresso Internacional: Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Porto, Almedina, 2016, pp. 465-481.

³³ Recentemente, Guilherme de Oliveira a propósito do Projeto de Lei 791/XIII referiu que seria importante fazer uma reforma ampla do sistema sucessório português, e uma das suas sugestões passaria por excluir da sucessão legitimária os sucessíveis que não tivessem mantido relações familiares efetivas com o autor da sucessão. O objetivo seria, desta forma, passar a proteger a família que efetivamente tivesse estado presente na vida do autor da sucessão – uma família na aceção plena do seu significado, primando pelos afetos e pelo cuidado e não apenas uma família baseada em conceitos jurídicos e sanguíneos. Assim sendo, o mesmo autor apresenta três sugestões: *poderiam ser excluídos os sucessíveis que tivessem dado causa a uma “rutura da vida familiar”, com um sentido próximo do que se usa quando se menciona uma rutura da vida matrimonial, para efeitos de divórcio sem consentimento de um cônjuge; ou poderiam ser excluídos os sucessíveis que não tivessem vivido na “posse de estado” correspondente ao vínculo formal que justificaria o seu chamamento sucessório; ou ainda, como se diria no Brasil, poderiam ser excluídos os que tivessem praticado um “abandono afetivo” relativamente ao autor da sucessão, pela omissão de cuidados, ainda que tivessem prestado alimento*, Oliveira, Guilherme de, “Notas sobre o Projeto de Lei nº 781/XII”, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt>.

elemento subjetivo relacionado com o propósito, de ambos ou de um dos cônjuges, de não restabelecer a comunhão matrimonial.

É verdade que a relação entre pais e filhos é distinta, pois os cônjuges estão ligados pelo vínculo contratual do casamento que foi uma opção deles. No entanto, consideramos interessante analisar estes pressupostos e relacioná-los com a rutura da vida familiar, a fim de tornar o conceito de rutura grave e duradoura do relacionamento afetivo mais claro e preciso. Assim, se durante cinco anos não tivesse havido qualquer relação entre o autor da sucessão e o herdeiro legítimo, estaria verificado o elemento objetivo. Se, adicionalmente, não se demonstrasse que tinha havido vontade para restabelecer a relação paterno-filial, estaria preenchido o elemento subjetivo.

Com critérios mais concretos como estes, seria possível evitar indefinições e facilitar o trabalho do julgador ao lidar com situações de deserdação baseadas na ausência manifesta e continuada do relacionamento familiar.

Através do caminho que apontamos poder-se-á conseguir promover a solidariedade intrafamiliar tão necessária num contexto em que predomina o individualismo.

Desta forma, entendemos que o artigo 2166º deve acrescentar mais uma alínea: *d) ausência manifesta e continuada de relacionamento da vida familiar, por tempo não inferior a 5 anos.*

Considerações finais

Posto isto, consideramos que as causas da deserdação e de indignidade devem ser encaradas como mecanismos de punição, mas também de prevenção, uma vez que as suas gravosas consequências podem fazer com que estes institutos se revistam de carácter dissuasor. É verdade que pode ser alegada uma certa perversidade do sistema ao associar-se o benefício patrimonial da sucessão enquanto recompensa pelo bom comportamento e pelo cumprimento de valores ético sociais.

Não obstante, entendemos ser premente uma reforma no direito sucessório português, uma vez que nos deparamos com uma brecha profunda entre o regime vigente e a realidade que nos envolve. No que concerne aos institutos da indignidade e deserdação, entendemos que urge uma reavaliação,

a fim de incluir no seu elenco outras causas que, sem dúvida, merecem ser consideradas para a preservação da justiça.

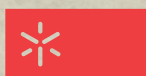
Encaramos esta reforma como a alvorada necessária para despertar de novo a nossa responsabilidade, compromisso e solidariedade para com as gerações mais idosas que merecem ser protegidas e tuteladas, para que, no fim de vida, conservem a sua dignidade e a garantia dos seus direitos fundamentais.

DIREITO DAS CRIANÇAS, FAMÍLIA E SUCESSÕES

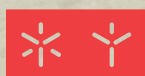
No ano letivo de 2013/14 tiveram início as aulas do Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, da Escola de Direito da Universidade do Minho, que comemorou, por isso, no ano letivo de 2023/24, dez anos de existência. De modo a assinalar este marco temporal, e como forma de celebração, promove-se a publicação de uma obra coletiva com estudos vários de alguns dos estudantes que elegeram este mestrado para aprofundar os seus conhecimentos nestas áreas.



UMinho Editora



Universidade do Minho



Universidade do Minho
Escola de Direito

ISBN 978-989-9074-61-3



9 789899 074613 >