

# **ENCONTRO LUSO-CUBANO**

**A PROPÓSITO DO NOVO  
CÓDIGO DE FAMÍLIAS CUBANO**

TÍTULO

ENCONTRO LUSO-CUBANO · A Propósito do Novo Código de Famílias Cubano

COORDENAÇÃO

Sandra Passinhas · João Reis

AUTORES

Leonardo B. Pérez Gallardo

João Paulo Remédio Marques

Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho

Beatriz Fernandes

Rafael Vale e Reis

DESIGN E EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-972-9464-31-7 - Impresso

978-972-9464-32-4 - Ebook

DEPÓSITO LEGAL

???

2025

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# ENCONTRO LUSO-CUBANO

## A PROPÓSITO DO NOVO CÓDIGO DE FAMÍLIAS CUBANO

COORDENAÇÃO: SANDRA PASSINHAS · JOÃO REIS

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO  
JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES  
FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO  
BEATRIZ FERNANDES  
RAFAEL VALE E REIS



2025





# ENCONTRO LUSO-CUBANO

**LEONARDO PÉREZ GALLARDO · UH**

Hacia un nuevo derecho de las familias.  
La experiencia de la codificación  
familiar cubana (UH)



**JOÃO PAULO  
REMÉDIO MARQUES · FDUC**

A obrigação de alimentos



**FRANCISCO  
PEREIRA COELHO · FDUC**

A união de facto



**BEATRIZ FERNANDES · IRN**

Os regimes de bens



**RAFAEL VALE E REIS · FDUC**

A procriação  
medicamente assistida



**MODERAÇÃO**

**JOÃO REIS · FDUC**



**SANDRA  
PASSINHAS · FDUC**



## A PROPÓSITO DO NOVO CÓDIGO DE FAMÍLIAS CUBANO



### 18 JUNHO 2024 · 10H00

#### SALA DE HISTÓRIA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

295  
ANIVERSÁRIO  
UNIVERSIDAD  
DE LA HABANA  
*Alma, saber y entrega*

1290  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



# ÍNDICE

- 11 SANDRA PASSINHAS  
Abertura
- 15 LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO  
As disposições preliminares do Código das famílias de Cuba de 2022: um estudo na forma de esboço
- 69 JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES  
Alimentos devidos a filhos maiores e menores — Algumas questões substantivas e processuais
- 99 FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO  
União de facto (em Portugal) e “*unión de hecho afectiva*” (em Cuba): observações breves
- 123 BEATRIZ FERNANDES  
Os Regimes de bens: o alcance do princípio da imutabilidade após a entrada em vigor do Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho
- 161 RAFAEL VALE E REIS  
O Problema do Anonimato dos Dadores na Procriação Medicamente Assistida (PMA)











### Como caracterizar o Código das Famílias?

- Exatidão da caracterização dos Direitos das Famílias
- Respeito aos tratados internacionais dos quais Cuba é parte
- Reflexo da identidade cultural e institucional-cemitério
- Visão multidisciplinar da família das famílias
- Pluralidade/diversidade familiar
- Inclusão/exclusão e não discriminação/dignidade humana
- Secularismo do Estado
- Papel da linguagem
- Não é um Código para pessoas violentas

# ABERTURA

Em de 2023, na qualidade de Subdiretora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) para as Relações Internacionais, tive o gosto de receber, juntamente com o Senhor Doutor João Reis, também Subdiretor da Faculdade, o Professor Theodore Yan Guzman Hernández, docente da Facultad de Derecho en Universidad de La Habana.

O encontro aconteceu na sequência de uma visita à FDUC da Senhora Embaixadora (à data) de Cuba em Portugal, a Professora Yusmari Díaz Pérez, e da celebração de um acordo geral de cooperação entre a Universidade de Coimbra (UC) e a Universidad de La Habana (UH). O Professor Teodoro Yan Guzman Hernández convidou-nos a aprofundarmos as relações entre as Faculdades de Direito de ambas as instituições, o que foi prontamente aceite, com muito agrado, e a refletirmos sobre qual poderia ser o caminho a seguir.

Em fevereiro de 2024, eu e o Doutor João Reis deslocámo-nos à UH, onde reunimos com a Senhora Vice-Reitora para as Relações Internacionais, o Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Andry Matilla Correa, a Responsável de Comunicação Institucional da Faculdade de Direito, Amanda Laura Prieto-Valdéz, e com o Professor Teodoro Yan Guzman Hernández, e trabalhámos conjun-

tamente para elaborar o esboço de um protocolo entre a FDUC e a da *Facultad de Derecho* da UH, de modo a estreitar a cooperação entre as duas instituições.

No acordo, que veio a ser assinado pela Senhora Reitora da UH, Miriam Nicado Garcia, e pelo Senhor Doutor Jónatas Machado, Diretor da FDUC, prevê-se, entre outras iniciativas, a vinda de docentes da *Universidad de Havana* a Coimbra para a troca de conhecimentos e experiências.

Tivemos, em sequência, o gosto de receber o Professor Leonardo Pérez Gallardo, em junho de 2024. Para cumprirmos integralmente o acordo celebrado, e dele retirarmos todas as virtualidades, a FDUC organizou um evento sobre a evolução do Direito da Família, tendo como mote a aprovação do Código das Famílias Cubano, de 2022. No Encontro Luso Cubano — moderado por mim e pelo Senhor Doutor João Reis, e que contou com a participação dos Professores Doutores Leonardo Pérez Gallardo, João Paulo Remédio Marques, Francisco Pereira Coelho, Rafael Vale e Reis e Beatriz Fernandes —, tivemos a oportunidade de discutir temas prementes do Direito da Família, como o surgimento de novas realidades familiares, a obrigação de alimentos a filhos, o âmbito de proteção da união de facto, a procriação medicamente assistida e a imutabilidade do regime de bem procurando compreender o passado, analisar o presente e perspetivar o futuro.

Acreditamos que este encontro académico se multiplicará no futuro, ancorado num persistente espírito de curiosidade académica e de colaboração mútua entre as duas instituições.

Coimbra, 27 de dezembro de 2024

*Sandra Passinhas*







# Leonardo B. Pérez Gallardo

Professor Titular de Direito Civil e Notarial

Faculdade de Direito Universidade de Havana. Notário

## AS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO CÓDIGO DAS FAMÍLIAS DE CUBA DE 2022: UM ESTUDO NA FORMA DE ESBOÇO

### Sumário:

1. Da Constituição ao Código das famílias: o compromisso com a pluralidade familiar. 2. O afeto: a bússola orientadora das relações familiares. 3. Princípios do direito familiar. 4. Direitos das pessoas no âmbito familiar. 4. Direitos das crianças e adolescentes no âmbito familiar. 5. Avós, parentes e outros referenciais afetivos na transmissão de valores às novas gerações. 6. Critérios de interpretação das normas do Código. 7. A especialidade dos assuntos familiares. 8. Razoabilidade nas decisões em matéria familiar. Especial referência às de carácter notarial.



## 1. Da Constituição ao Código das famílias: o compromisso com a pluralidade familiar

Pensar a família no plural não significa apenas acrescentar a letra “s” a uma palavra, mas também trazer a visão tradicional da família para o novo cenário, diverso, plural e democrático que agora se impõe<sup>1</sup>. Trata-se de acrescentar direitos e tornar visíveis modelos familiares até então não reconhecidos do ponto de vista jurídico, sem privar de quaisquer direitos aqueles que já os tinham protegidos. A Carta Magna cubana de 2019 reconheceu expressamente o princípio da pluralidade familiar (art. 81)<sup>2</sup> e, assim, incumbiu o legislador de desenvolver o referido princípio em um Código que, baseado no afeto, permitisse a felicidade daqueles que compõem as mais variadas construções familiares.

“As famílias” na Constituição cubana de 2019 é talvez um

<sup>1</sup> O uso do plural não é um mero capricho. É, por isso, lamentável que haja quem se agarre a uma posição contrária, presa às árvores, sem querer ver a floresta, concebendo o uso do “s”, a genuína expressão semântica do plural, como uma perda de energia e de tempo, um disparate ou mesmo um infeliz tratamento distintivo e discriminatório.

<sup>2</sup> Sobre o referido princípio da nossa doutrina científica, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019”, em *Revista Crítica de Derecho Privado*, No. 18, 2021, La Ley, Uruguai, pp. 993-1028.

dos capítulos mais bem sucedidos de toda a Carta Magna -aprovada no referendo de 24 de fevereiro de 2019<sup>3</sup>. O constituinte colocou a fasquia muito alta ao dar cobertura, no artigo 81, às “*famílias, qualquer que seja a sua forma de organização*”.

A Constituição considera, assim, a necessidade requerida de expandir o manto protetor do Direito às novas construções familiares cuja visibilidade se tornava indubitável na realidade social cubana, conforme demonstraram as investigações realizadas sob perspectivas sociológicas, psicológicas, demográficas ou jurídicas<sup>4</sup>. O Direito deve ser

<sup>3</sup> Isso pode ser constatado pelas múltiplas contribuições compiladas em uma obra coletiva de juristas cubanos, que, a partir de diversas perspectivas, testemunharam o impacto do novo texto constitucional em um número significativo de figuras jurídico-familiares. Essa obra serviu como referência obrigatória para a elaboração do novo Código das Famílias. Sobre o tema, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ (coordenadores), *Las familias en la Constitución*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

<sup>4</sup> Assim como reflete a multidisciplinaridade, “a família cubana caracteriza-se hoje por uma heterogeneidade não só nas suas estruturas, mas também nas suas condições socioeconómicas [...]”. Existe uma heterogeneidade real nas condições socioeconómicas vividas por umas famílias e por outras, o que gera “situações de desigualdade familiar e social no seio da família e entre famílias”. *Vid.* ARÉS MUZIO, Patricia e María Elena BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba” (PDF), em [http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub\\_aresmuziopatricia.pdf](http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf), acesso em 17 de março de 2017, p. 21 e 22, respetivamente.



uma expressão sentida do tecido social, existe por e para ele. A sociedade e as famílias impõem assim um desafio ao

Segundo ÁLVAREZ SUÁREZ, “temos de olhar para a família nas Grandes Antilhas sabendo que existem diferentes tipos [...]. Este modelo exclusivo de mãe, pai e bebé já não é comum, porque as famílias se tornaram mais complexas na sua composição e funcionamento.” GÓMES BUGALLO, Susana e Yuniel LABACENA ROMERO, “¿Cuánto ha cambiado la familia?”, em *Juventud Rebelde*, edição digital de 19 de fevereiro de 2017, <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2017-02-19/cuanto-ha-cambiado-la-familia-cubana/>, acesso em 17 de março de 2017.

O Centro de Investigaciones Psicológicas e Sociológicas (CIPS) sublinha que a família cubana “está a passar de um modelo típico de família nuclear para uma reformulação das formas tradicionais, das uniões consensuais e da monoparentalidade como tendência predominante da nuclearização familiar [...]. Simultaneamente, é evidente a emergência de novas configurações familiares, como as famílias reconstruídas, as famílias alargadas sob o cunho do parentesco, os casais do mesmo sexo, as uniões de visita ou de teto aberto e o crescente número de famílias unipessoais (CAMPOALEGRE *et al.* 2012). Assim, o quadro familiar está a ser recomposto, diversificado e complexificado a nível socioestrutural, funcional e espacial. As suas principais tendências atuais são reforçadas e adquirem maior estabilidade e perspectiva” CAMPOALEGRE SETIÉN, Rosa *et al.*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), “Glosario de términos más empleados en el Grupo de estudios de Familia del CIPS, 1985-2014, Multiplicando ideas, experiencias y sueños”, 2015, p. 13 (PDF). Noutras investigações levadas a cabo no início deste século por investigadores do Centro, também se chamou a atenção para a existência em Cuba de vários tipos de família, tendo por base o estudo das estruturas familiares e a sua extensão como principais suportes conceptuais classificatórios. *Vid.* CHÁVEZ NEGRÍN, Ernesto *et al.*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), “Las familias cubanas en el parteaguas de dos siglos”, 2008, pp. 19 e ss. (em PDF).

constituente: A visibilização da pluralidade das famílias e o necessário estatuto jurídico dos diferentes modelos familiares, que permita encarar cada um dos diferentes arranjos familiares e os seus membros com papéis definidos, assentes não só no casamento, mas também na união de facto, com base no afeto como valor fundante de qualquer uma destas constelações familiares, expressão do mosaico familiar alargado, resultado da coexistência e convergência das diferentes construções familiares existentes na sociedade cubana, cada vez mais heterogénea, transnacional, divorciada, consensualista, com empoderamento feminino, com baixa taxa de fecundidade e também com uma tendência crescente ao envelhecimento da população<sup>5</sup>.

A Constituição cubana de 2019 marca diferenças em relação a outras do continente, qualificadas como vanguardistas<sup>6</sup>, não só por reconhecer explicitamente a pluralidade familiar, mas também por ser coerente na sua regulamentação, uma vez que para o constituinte a diversidade de sexos não é um pressuposto na composição dos membros do casamento, nem da união afetiva de facto, pois não é feita qualquer referência a esta questão em particular.

<sup>5</sup> Sobre este assunto, consultar PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Personas adultas mayores y relaciones familiares: cavilaciones al filo del nuevo Código de las familias de Cuba”, em *Las personas adultas mayores: perfiles desde el Derecho civil y familiar*, sob sua coordenação, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2024, pp. 117-163.

<sup>6</sup> Assim, entre outras, a Constituição de 1999 da Venezuela, a Constituição de 2008 do Equador -reformada em 2011- e a Constituição de 2009 da Bolívia.



Como defende a professora KEMELMAJER DE CARLUCCI, apoiando-se em REMOTTI, “falar de *famílias* no plural implica aceitar a tese segundo a qual as sociedades humanas conheceram e conhecem múltiplos modelos de família e, em princípio, não há razão para acreditar que o modelo jurídico da referida tradição deva ser considerado como ‘*mais natural*’ do que outros presentes na realidade social”<sup>7</sup>. De acordo com María Berenice Días “(q)uando se pensa numa família, vem à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cheios de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos estão habituados a famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais e homoafetivas nos permite reconhecer que esse conceito se pluralizou. Daí a necessidade de flexibilizar o termo que a identifica, de modo a acolher todas as suas formas”<sup>8</sup>. Não é por acaso que o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, no *leading case* Atala Rifo e meninas *vs* Chile (parágrafos 142 e 145), afirma que não existe um modelo único de família (a família tradicional)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina”, capítulo III do texto *El nuevo Derecho de familia — Visión doctrinal y jurisprudencial-*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 101-131 (p. 101).

<sup>8</sup> *Vid.* DíAS, María Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 39 (tradução do autor).

<sup>9</sup> Sentença de 24 de fevereiro de 2012 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr>, acesso em 8 de maio de 2021.

As dinâmicas sociais têm dado um impulso às concepções que o Direito tradicionalmente tem da família, com base numa abordagem pluralista que permite alargar o seu conceito tradicional, ainda ancorado na família nuclear, ou seja, o conceito de família não pode ser entendido isoladamente, mas sim de acordo com o princípio do pluralismo, pois numa sociedade plural não pode haver um conceito único e exclusivo de família, identificando esta apenas com aquela que decorre do vínculo matrimonial<sup>10</sup>. Não se trata

<sup>10</sup> No entanto, a discussão não é pacífica; a partir de uma visão negativista da pluralidade familiar, tem-se defendido que “ela é vista [...] como o resultado do ataque à forma tradicional de ser família, pelo que a variabilidade das estruturas familiares responde à ação de alguns atores sociais que lutam para destruir e desacreditar essa forma tradicional de vida familiar. A grande limitação de ver a pluralidade familiar como resultado destes dois processos é que eles apenas se referem a uma forma específica de ser família que não esteve sempre presente na história da humanidade e, por isso, ficam aquém quando se trata de explicar as diferenças familiares ao longo do tempo”. *Vid.* GIL VALENCIA, Wilmar Evelio, Magda Yolima ARIAS CANTOR, “La pluralidad familiar, a la luz de la sociología relacional”, em *Ánfora*, vol. 20, núm. 35, julho-dezembro, 2013 (pp. 173-195), p. 188. O que, na minha opinião, é contraditório ao negar a visão dialética da evolução das famílias. O conceito de família deve ser visto no contexto social em que se desenvolve. Atualmente, é impensável falar de um modelo único de família. A família evoluiu para construções familiares que têm o afeto como denominador comum. Nesta luta para ancorar a família no passado, agarrada a uma etapa já ultrapassada, os referidos autores da sociologia relacional defendem que “não é a mesma coisa falar de família quando ela é usada como analogia, isto é, algo que tem algumas características semelhantes à família, mas não o é, nem é a mesma coisa usar o termo como

de um mero capricho o uso do plural, pois ele já foi usado antes no direito civil para se referir a sucessões, obrigações, contratos, pessoas, direitos reais. Sempre no plural como expressão da diversidade de tipos de cada uma destas instituições, que nem por isso deixam de ser concebidas em abstrato no singular, como quando falamos da teoria do contrato, ou da regulação da sucessão *mortis causa*. Apenas a família no âmbito das instituições clássicas do Direito civil na sua concepção prístina foi relegada e vista sob o prisma do singular, quando a família também se pluralizou para emergir como famílias, expressão dos diferentes arranjos familiares que hoje têm raízes e reconhecimento social, mas não, em todos os casos, expressão jurídica.

A partir de uma análise do Direito familiar constitucional comparado, o professor ESBORRAZ expressa que a principal inovação introduzida pelo novo constitucionalismo no direito da família é a “internacionalização” do Direito, que impõe a análise dos textos constitucionais na perspectiva dos direitos humanos e, desta forma, significa que entre

metáfora para fazer parecer família coisas que são de natureza diferente. Estas formas de usar o termo família diferem do uso da auto-identidade, que responde ao reconhecimento das características da realidade familiar que são próprias e não análogas ou metafóricas” (p. 189). Mas não é um recurso metafórico da linguagem, nem é analógico, não são entidades coabitacionais semelhantes ou parecidas com a família patriarcal, monogâmica e matrimonial, mas a heterossexualidade e a consanguinidade na descendência não são as invariantes do conceito de família que, pela sua diversidade, é hoje difícil de espartilhar em teses naturalistas e numa única típica -dogmaticamente preconcebida.

as consequências mais importantes desta perspectiva está a ênfase colocada na dignidade, na autonomia, na igualdade e na não discriminação, o que leva a que “a família” seja substituída por “famílias”, autonomia, igualdade e não discriminação, o que leva a que “a família” seja substituída por “famílias”, de tal modo que se passa de um modelo “único” de família, baseado essencialmente no casamento entre pessoas de sexos diferentes, para uma “pluralidade” de modelos ou comportamentos familiares<sup>11</sup>. “*O direito da família* torna-se assim uma ordenação neutra (se é que isso é possível, porque a neutralidade é em si mesma uma ideologia) a aplicar a diferentes modelos familiares (um *direito das famílias*)”<sup>12</sup>.

Por isso, o Código das famílias foi sempre construído no plural (artigos 1 e 2), com um sentido inclusivo, para que sejam protegidas não só as diferentes construções familiares, mas também os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade, crianças e adolescentes, pessoas idosas, pessoas com deficiência, pessoas que sofrem violência doméstica e violência de género em todas as suas mani-

<sup>11</sup> Vid. ESBORRAZ, David, “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, em *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, Colombia, no. 29, julho-dezembro de 2015 (pp. 15-55), pp. 30-31.

<sup>12</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Del Derecho de Familia hacia un Derecho de las Familias”, em *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas nacionales de Derecho civil, Valparaiso, 2007*, Alejandro Guzmán Brito (editor), LegalPublishing Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2008 (pp. 159-166), p. 161.

festações. É um Código que deve ser lido na perspectiva da inclusão, da pluralidade, da diversidade, e não na perspectiva da tolerância. A linguagem utilizada, respeitadora da diversidade, tem um valor essencial para a função pedagógica que esta norma tem e para os valores que inculca e procura transmitir. Nada é casual, cada palavra utilizada tem um significado especial. Não é o Código de uma família idílica, sonhada, perfeita; é o Código em que se refletem as famílias de todos os cubanos, com imperfeições, disfuncionalidades, contradições, mas também amor e afeto. O Código procurou ser uma fotografia da paisagem da realidade sociofamiliar cubana. Reconhece os direitos e também os deveres jurídicos de todas as pessoas no ambiente familiar com uma visão ecuménica, sem a prevalência de opções sexuais, de género, religiosas ou morais, baseadas na tradição, muitas vezes impostas pela hegemonia do género ou da idade.

A Constituição cubana de 2019 é a bússola da reforma familiar. O Código das famílias é uma das mais importantes veias de ligação à artéria principal do sistema de direito, que é a Constituição. O Código é uma norma que desenvolve os direitos constitucionais relativos às famílias (artigos 1 e 2). A Constituição de 2019 não só reconhece explicitamente a pluralidade familiar, como é coerente na sua regulação, tanto o casamento como a união de facto são formas de constituição de família, ambas são reconhecidas segundo o sentido do artigo 82 da Constituição, cabendo ao Código regular um regime jurídico adequado à natureza de cada uma delas, mas sem hierarquia entre elas (Títulos VI e VII, respetivamente). Não é aceitável discriminar, reduzindo a possibilidade de pessoas do mesmo sexo só poderem ter acesso à união de facto e não ao casamento, pois tal implicaria negar o livre de-

envolvimento da personalidade e, conseqüentemente, o seu próprio projeto de vida, de acordo com o disposto no artigo 47. Cada pessoa é digna de construir a sua própria biografia.

O Código das famílias é, portanto, o Código dos avós que tiveram ao longo da história a bela tarefa de transmitir os mais nobres valores, tradições e princípios entre gerações e que viram carinhosamente os seus netos crescerem como a continuidade de cada família cubana (artigo 8); o Código dos irmãos, tios, primos, sobrinhos e sobrinhas, que animaram a vida dos seus parentes mais próximos, fazendo parte dessa família alargada com quem partilham a candura da primeira infância, as travessuras da adolescência e a cumplicidade da juventude. É também o Código dos pais e mães aparentados, tão comuns no ambiente familiar cubano, invisibilizados para sempre, dado que quase não apareceram regulados no Código das famílias de 1975<sup>13</sup>, transmissores de valores e também de afetos [artigos 105, 280 b), 293.2, 329. 2 e 332 c)] <sup>14</sup> ; o Código das pessoas com deficiência

<sup>13</sup> Apenas por ocasião de encargos matrimoniais (artigo 33.1).

<sup>14</sup> Sobre o tema no direito cubano, *ver, per omnia*, MÉNDEZ TRUJILLO, Iris María, *Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020 e o próprio autor “Valoración del derecho de comunicación como resultado de la extinción de la familia ensamblada”, em *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, no. 17, 2020, pp. 1241-1260; “Instrumentación de los acuerdos de parentalidad en sede notarial. Especial referencia a la familia ensamblada”, em *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, no. 18, 2021, pp. 963-978; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Responsabilidad parentalidad en la familia ensamblada. La noción que ofrece el Código

nos seus papéis de pais, mães, filhos, avós, com a necessidade de adaptações razoáveis para que possam exercer a sua capacidade jurídica em pé de igualdade com os outros e os direitos familiares a que têm direito [artigos 3.1 (k), 4 (g) e (k) 12, 13.1, 26.2, 45-47, 54, 76.1 (b), 101 (b), 129.1, 138 (o), 157, 163.3, 172, 188, 193, 215.2, 248.1 (c), 256, 275.1 (c), 277.2, 280.1 (d) e 2, 284.3 e 285.1 (a), 293.1 (e) e 3, 323.2, 325.2, 329.1 b) e 3, 333 e 353.1 e), 355 a 362, 379, 388.1 b), 395 f), 400, 434 a 442, 451, 473.1 e 3, bem como a alteração dos artigos 29 a 32, 90, 409.1 c), 469.1 d) e 484.2 do Código civil]; o Código para as pessoas que sofreram violência de género no ambiente familiar, para que possam fazer valer os direitos que lhes assistem e erguer a voz para as defender das mais diversas manifestações de violência doméstica [artículos 4 j), 5.1 g) y ñ), 7.1 c), 13 al 15, 33.2, 39 e) 102.1 c), 138 s), 146, 147, 155, 161.2, 166 d), 177.1, 191 b), 209.2, 248.1 b), 260, 287.1 c), 299 d), 321.2, 395 e), 407.3, 416, 424, 444, 451.1 e, na reforma do Código civil, os artigos 31.2, 469 f)]; o Código dos cuidadores familiares, que renunciaram aos seus projetos de vida pessoal e profissional para se dedicarem desinteressadamente aos cuidados dos familiares mais próximos, sem nada pedirem em troca do amor e dos cuidados que

de las familias de Cuba”, em *Derecho de las familias contemporáneo Avances y tensiones en el Código civil y comercial argentino y el Código de las familias cubano* (Primera parte), Marisa Herrera, Leonardo B. Pérez Gallardo (editores) Camila Beguiristain, Natalia de la Torre e Federico Notrica (coordenadores), Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 519-539.

dispensam à pessoa que necessita de cuidados e que, deste modo, promovem o bem-estar do resto da família [artigos 4 l), 413 ao 420 e a consequente reforma do artigo 511.1 e 2]. Em suma, é o Código das mulheres, dos homens, dos meninos, das meninas, dos idosos, das idosas, que construíram a nação cubana e que continuam a apostar nos sonhos, nos projetos, nas ideias, com o apoio da família. Trata-se de construir um Código baseado no afeto [artigos 2.2 e 3, 4 j) e l), 7.2 c), 8.1, 21, 25.2, 45, 46, 50.2, 58 a), 90.2, 107.1, 111.2, 138 (d) e (e), 145.1, 150, 151.4, 160, 163.3, 169, 178.3, 181.1, 183 (a), 184.1, 201, 208.2, 210, 220.1, 246, 283.2, 293 (c), 308.1 d) e e), 332 b), 333, 335, 343, 355, 360, 364, 365, 367, 370, 372, 374.1, 377.2, 394.2 e) e 3, 421, 430, 431, 441], dado que o seu reconhecimento é a única forma eficaz de definir a família, para além dos laços biológicos, na procura contínua da felicidade, da supremacia do amor e da vitória da solidariedade.

Não se pode esquecer que a família é o selo que identifica as pessoas, não apenas como filhos e filhas, como pais e mães, como irmãos e irmãs, mas também como seres humanos. Vimos dela e vamos para ela, seja qual for o modelo, entidade, construção ou tipo de família a que pertencemos ou a que decidimos construir autonomamente. O desafio de construir o Código das Famílias é feito com todos e para o bem de todos, como dizia José MARTÍ.



## 2. O afeto: a bússola que orienta as relações familiares

O afeto é o ponto de reconhecimento e de identificação das diferentes construções e estruturas familiares, o denominador comum, qualquer que seja a sua natureza. “Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que o legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra *erga omnes*, pois ela surge da convivência entre as pessoas e da reciprocidade de sentimentos”<sup>15</sup>. O afeto ultrapassou o limiar da Psicologia para ter valor jurídico e reconhecimento constitucional e legal. Tornou-se um fator determinante na constituição de vínculos jurídicos, essencialmente familiares, o que demonstra como o Direito teve de moldar este cenário de rigidez dogmática para uma abertura à flexibilidade e à interdisciplinaridade. “O afeto, antes excluído das deliberações e deliberações jurídicas, ganha hoje novas posições e ponderações, o que antes era restrito aos interesses privados e ignorado pelos interesses jurídicos, mostra-se hoje como de interesse público e como verdadeiro fundamento para a constituição de vínculos jurídicos”<sup>16</sup>. Daí a formulação transcendental do artigo 81 da

<sup>15</sup> VARGAS SIMÕES, Thiago Felipe, “La familia afectiva — El afecto como formador de la familia” (PDF), em <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>, acesso em 27 de março de 2017.

<sup>16</sup> *Vid.* PINTO, Anderson de Sousa, “O valor jurídico do afeto e sua demonstração como fundamento para constituição de vínculos familiares e novas famílias”, em *Revista Aporia Jurídica (online)*, Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage, 5ª edição, vol. 1 (jan./jul.-2016), pp. 269-282, p. 280.

Constituição quando refere que os vínculos nascidos das diferentes construções familiares podem ser jurídicos ou de facto, mas em qualquer caso, isto é, em ambos, de natureza *afetiva*. Por outras palavras, sejam eles quais forem, o que os distingue e reafirma é a afetividade. Este vínculo afetivo reforça o compromisso mútuo com o projeto de vida comum que constrói qualquer um dos modelos de família. Assim, com base na proteção da dignidade humana, o direito da família que se está a construir — e que consta do novo Código — assenta mais na afetividade do que na legalidade estrita, equiparando o afeto ao sangue [artigos 2.2, 3.1 e)]. O olhar sobre as famílias deve também estar no plural, com um sentido inclusivo, e este plural tem — e sublinha-se — um valor simbólico na linguagem do legislador — retirada da utilizada pelos nossos constituintes. Desta forma, o afeto ganha e consolida-se como valor jurídico, uma vez que a lei lhe dedica atenção em áreas que antes não eram tocadas. É, pois, necessário olhar não só a partir do Direito, mas também de ciências afins como a Psicologia, a Sociologia, a Demografia, a Filosofia, a Estatística, mas não com uma visão compassiva ou meramente tolerante dos novos modelos familiares, mas com uma vocação de ecumenismo que o pluralismo constitucional exalta. Nesta visão inclusiva, cada vez mais pluralista, deve prevalecer o amor, o afeto, as emoções, a solidariedade, a responsabilidade e o sentido de convivência, para além dos estereótipos sexistas, dos pressupostos ideológicos e das exigências normativas.

Como defende a professora Álvarez-Tabío Albo, “(a) afetividade torna-se a essência que funde as relações na família, juntamente com a solidariedade e a vontade responsável de a moldar, penetra nas diferentes formas de a viver e explica porque todas elas devem ser protegidas da

sua própria realidade vivencial”<sup>17</sup>. A defesa da relevância do afeto nas diferentes construções familiares tornou-se muito mais importante e visível na contemporaneidade. A compreensão desse valor nas relações jurídico-familiares leva à conclusão de que o desenvolvimento familiar não pode mais ser orientado e observado apenas sob uma ótica patrimonialista e individualista. É necessário quebrar os paradigmas até então existentes para que se possa afirmar, com base no conteúdo jurídico, que o afeto é um elemento transcendente e deve ser considerado uma expressão concreta da dignidade humana como valor fundamental.

O afeto passa, assim, a ocupar uma posição central nas diferentes construções familiares, unindo as pessoas através de laços abstratos e de um fim comum: o desenvolvimento da pessoa através da família, daí o alcance constitucional que lhe é conferido em Cuba, mais tarde consagrado no Código, pelo que o casamento se funda no afeto e no amor que os nubentes professam um ao outro [artigo 201.1)] e a união de facto, qualificada como afetiva, exige para a sua instrumentação em cartório ou reconhecimento judicial que o casal mantenha um projeto de vida afetiva em comum [artigo 308.1 d)]. Finalmente, “a realidade atual das formações familiares reflete uma época em que as bases dessas formações não se encontram apenas em razões biológi-

<sup>17</sup> ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Tutela jurídica de las familias. Los diez mandamientos constitucionales de su protección en Cuba”, em *Las familias en la Constitución*, Leonardo B. Pérez Gallardo e Daimar Cánovas González (coordenador), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 27-47 (p. 40).

cas, jurídicas ou sociais, mas, pelo contrário, na existência de afeto entre os membros da estrutura familiar, afeto esse que constitui o principal elo de inclusão das pessoas na sociedade moderna”<sup>18</sup>. Até há relativamente pouco tempo, o direito nem sempre acompanhou o afeto. Assim, o ADN tem prevalecido na esfera jurídica. O direito da família foi essencialmente construído com base num modelo biológico de família, com prevalência de traços hematológicos. Ao longo da história, este facto conduziu a filiações biológicas que substituíram as filiações baseadas, em muitos casos, em laços afetivos. A procura da verdade biológica tem sido um princípio essencial do direito de filiação, consolidando a parentalidade socioafetiva. Isto conduziu, não só no direito comparado, mas também no direito cubano, a um contraste entre o elemento biológico e o elemento afetivo, social, ou seja, a paternidade biológica como um valor em oposição à paternidade social, afetiva, conduzindo a um verdadeiro conflito de valores, historicamente resolvido pelos juízes, na maioria dos casos, a favor do vínculo biológico. O direito não pode ficar alheio ao princípio da afetividade e à relevância que este tem para a família e também para a própria pessoa. Este deve ser analisado do ponto de vista da transcendência que o afeto tem na própria génese da pessoa e, consequentemente, da sua dignidade.

A doutrina brasileira tem afirmado que a afetividade, do ponto de vista jurídico, “é uma construção cultural

<sup>18</sup> ALVES DE OLIVEIRA PEREIRA, Timaretha Maria, “O afeto no Direito de família brasileiro”, *Revista Direito & Dialogicidade*, Universidade Regional do Cariri — URCA vol. 4, no. 1, julho de 2013 (PDF), <https://periodicos.urca.br>, acesso em 13 de março de 2021.

que se dá na convivência, sem interesses materiais, que só emergem secundariamente quando ela se extingue. Revela-se num clima de solidariedade e responsabilidade. Como qualquer princípio, tem uma densidade semântica clara, que é determinada pela mediação concreta do intérprete em cada situação real. Pode ser traduzido da seguinte forma: “Onde houver uma relação ou comunidade unida por laços de afeto, sendo esta a sua causa originária, haverá uma família”<sup>19</sup>. O afeto é um sentimento que leva as pessoas a assumirem publicamente as suas relações, que resiste ao tempo e permanece de forma contínua e duradoura nas famílias, “atravessa todo o direito da família e, consequentemente, transborda e ultrapassa os aspectos meramente filiais (sem ignorar o seu impacto superlativo neste domínio, bem como a sua incontornável ligação ao superior interesse da criança)”<sup>20</sup>. Ganha espaço através da coabitação, daí os efeitos jurídicos que cria entre os membros do casal parental e entre estes e os seus filhos, sejam eles biológicos ou afins (daí as filiações socioafetivas ou as derivadas da adoção por integração). O afeto enraíza-se nas relações parentais originadas em consequência das famílias mistas (daí, *v.gr.*, a possibilidade atribuída ao pai ou à mãe dos filhos), a possibilidade atribuída ao progenitor que detém a guarda dos filhos de delegar temporária e parcialmente o exercício

<sup>19</sup> LOBO *cit. pos* ALVES DE OLIVEIRA PEREIRA, T. M., “O afeto...” *cit.*

<sup>20</sup> GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, “Las disposiciones preliminares de la Ley 156/2022, ‘Código de las familias’. Aproximaciones exegeticas desde un enfoque principalista,” em *Derecho de las familias contemporáneo...* (Primera parte) (pp. 43-61), p. 57.

das responsabilidades parentais no progenitor afim (parceiro do progenitor que detém a guarda dos filhos), desde que se comprove a existência de uma ligação afetiva intensa entre este e a criança ou adolescente em relação a cujo exercício das responsabilidades parentais se pretende delegar (*vid.* artigo 183 a) do Código) e tem sido a base da paternidade socioafetiva e da filiação dela decorrente (*vid.* artigos 21, 50 d), 58 a), 59, 78.2 e do 104 ao 108, todos do Código das famílias, relativos à filiação socioafetiva e à filiação adotiva no caso da adoção por integração), bem como catalisador da multiparentalidade (*vid.* artigos 58 e 59). Do ponto de vista jurídico, o afeto é tratado como um facto jurídico que implica o estabelecimento de relações intersubjetivas (daí a regulação da assistência familiar com base no afeto — artigo 41), sendo que a promoção do desenvolvimento do afeto familiar pelos filhos faz parte do conteúdo da responsabilidade parental — artigo 138 d), dar afeto aos pais é um dever jurídico dos filhos maiores para com os seus pais — artigo 150 —, na ordem conjugal, o afeto, juntamente com o amor, são a base em que assentam as relações conjugais — artigo 208.2-, o afeto é também um dever jurídico a cumprir pelas famílias de acolhimento em relação às pessoas acolhidas — artigo 360.2- e, igualmente, pelas famílias de apoio em relação às crianças e adolescentes acolhidos em centros de assistência social e lares a que estão ligadas — artigo 370-, enquanto o afeto, enquanto valor, faz parte do conteúdo da proteção dos idosos — artigo 431.1-, de tal forma que tem o poder de ultrapassar até os laços genéticos (cuja expressão

máxima é reconhecida no artigo 78.2)<sup>21</sup>. “O afeto, com ou sem laços biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, longe da velha asfixia do sistema patriarcal do passado, sempre em prol da dignidade humana. É sabido que os sistemas jurídicos do passado não tinham qualquer compromisso com o afeto e a felicidade”<sup>22</sup>.

Como bem sustenta a doutrina brasileira, que tem estado na vanguarda desta questão, “(a) desbiologização dos vínculos familiares é uma evolução que vem ganhando espaço no âmbito judicial. E dessa transformação social decorre a necessidade de inovar o direito, permitindo que cada vez mais grupos, antes excluídos, possam ser integrados à sociedade através da lei. O papel do legislador e do aplicador do direito neste contexto é o de ponderar estas transformações sociais, atuando de forma ética, moral e,

<sup>21</sup> É certo que neste preceito fica claro que a ação de reconhecimento de filiação por parte daquele que se considera habilitado a reconhecer o filho anteriormente reconhecido por outrem, só poderá ser julgada procedente se for no melhor interesse da criança ou adolescente, ou seja, deve ser levado em conta o princípio do seu melhor interesse acima da verdade biológica, de modo que a ação ajuizada poderá ser declarada improcedente se o reconhecimento não for benéfico para a criança ou adolescente, ou, na melhor das hipóteses, compartilhar a filiação com o genitor socioafetivo, se for do interesse da criança ou adolescente manter a filiação e acrescentar uma nova decorrente da verdade biológica, tornando-se um caso de multiparentalidade superveniente.

<sup>22</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: família* / 17ª edição, Atlas, São Paulo, 2017, p. 24.

sobretudo, justa no cumprimento da sua função, de modo a não correr o risco de marginalizar qualquer minoria”<sup>23</sup>.

### 3. Princípios do Direito familiar

O artigo 3 positivou “à maneira de uma grande porta de entrada”<sup>24</sup> os princípios orientadores do direito da família. É adotado um critério convencional para a recepção destes princípios na norma, de modo a que se tornem fórmulas de alcance geral que viabilizem a hermenêutica de todo o texto normativo. Os princípios reconhecidos pelo legislador pretendem ser, como defende GONZÁLEZ MONZÓN, “mandatos de otimização, o que significa que devem ser aplicados gradualmente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e não sob a forma de tudo ou nada, ao modo de aplicação das regras. Devem ainda servir de parâmetros para a interpretação e argumentação racional no direito da família e de regras para a correção ou solução de casos difíceis, sobretudo no contexto da configuração de lacunas axiológicas”<sup>25</sup>, ou seja, são mandatos dirigidos não apenas aos juízes, Isto mostra as limitações do legislador no sentido de que não pode prever todas as situações que

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ, J. P., A. SOUZA FERRÃO, T. de C. PEÇANHA ROCHA, “O afeto...”, *cit.* p. 197.

<sup>24</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “El título preliminar. Los principios generales”, *Derecho de las familias contemporáneo...* (Primera parte) (pp. 21-42), p. 21.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ MONZÓN, A., “Las disposiciones preliminares...”, *cit.*



podem surgir, depositando a confiança em quem tem a tarefa de julgar nos tribunais ou nas vias da justiça preventiva cautelar, e adotando soluções razoavelmente fundamentadas. Pode argumentar-se que os princípios regulados no artigo 3 assentam tanto na dignidade como no humanismo enquanto valores supremos, que por sua vez têm suporte constitucional (artigos 1 e 40), arquétipos políticos e jurídicos da sociedade contemporânea.

Os princípios dispostos no referido artigo 3 tornam-se verdadeiros vetores axiológicos, na medida em que servirão de pilar interpretativo das normas jurídicas, oferecendo um melhor caminho para a sua aplicação; possuem um viés integrador, pois preenchem qualquer vazio normativo existente e também uma força limitadora para o próprio legislador posterior, pois quando da edição de novas normas, estas devem estar em consonância com o dever de garantir a efetividade e aplicação de tais princípios como forma de assegurar a dignidade da existência da pessoa humana.

Pela novidade que comporta, vale a pena refletir sobre o princípio da socio-afetividade regulado na alínea e) do referido artigo. Com efeito, o Código reforça as relações familiares baseadas em laços afetivos, para além da concepção puramente hematológica em que tradicionalmente se concebiam as relações familiares e, em particular, as relações parentais. Não se trata de uma simples desbiologização dos laços familiares, mas de dar igual oportunidade e valor aos laços familiares baseados na socio-afetividade, ou seja, às relações familiares baseadas no suporte factual em que assenta o afeto. Não se trata apenas dos laços filiais, mas também dos que se estabelecem entre os membros de uma união de facto. Em matéria de filiação, com o reconhecimento da socioafetividade, dá-se

cobertura jurídica a situações que tradicionalmente acompanharam a história de vida de muitas pessoas, e que terminaram com a deslocação da filiação construída a partir da socio-afetividade e o triunfo da filiação biológica, sem que o vínculo afetivo entre o pai biológico e o filho a reconhecer tenha grande importância. Como defende AGUIRRE MESA, “(a)ceder à desnaturalização da filiação biológica binária, a partir da introjeção do princípio da socioafetividade, seria o caminho para que, na concomitância dos direitos fundamentais, com o direito ao conhecimento da origem genética ou o chamado direito à identidade, fosse perfeitamente viável investigar a paternidade biológica de uma pessoa sem destruir o seu vínculo de filiação socioafetiva com os direitos de filiação que dela fazem parte. É preciso avançar na diferenciação entre o direito de conhecer a origem biológica de uma pessoa e os seus direitos de filiação, sejam eles genéticos ou não. Um teste de ADN não pode continuar a conter o poder de desmoronar, desconsiderar e violar o vínculo socioafetivo consolidado em cumplicidade com o ordenamento jurídico”<sup>26</sup>.

Em termos de filiação, a socioafetividade assenta na posse do estatuto de filho e na posse do estatuto de progenitor. Este é o comportamento que denota um vínculo de natureza filiatória entre os envolvidos, atado pelo afeto na construção de paternidades e maternidades para além do sangue, com reconhecimento não só familiar e comunitário, mas também

<sup>26</sup> AGUIRRE MESA, Vladimir, “La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural”, *Revista Pluriverso*, no. 16, julho-dezembro de 2021 (pp. 119-161), p. 155.

social. Ao nível das relações de casal, a afetividade é também uma componente vital, como é também essencial nas instituições de tutela e proteção dos direitos dos idosos, bem como nos contratos de manutenção ou de acolhimento, tanto de menores como de idosos. A socioafetividade é transversal ao Código das Famílias.

O princípio da procura da felicidade, regulado no artigo 3 inciso f), do Código, deve também ser mencionado. Em ambos, a auto-realização da pessoa, a autonomia, a autodeterminação, os limites impostos pela lei e a forma de conciliar a felicidade ou a projeção individual com os interesses de terceiros dignos de proteção são elos essenciais. Também não se deve esquecer que o artigo 1 da Constituição cubana refere o bem-estar e a prosperidade individual e coletiva como tarefas do nosso Estado de direito e da justiça social. No entanto, a subjetividade da felicidade, enquanto conceito filosófico, tem sido objeto de fortes críticas para que possa ser concebida como um direito fundamental, pelo que os seus defensores têm sublinhado que “este direito refere-se exclusivamente à procura da felicidade, mas não à felicidade em si mesma, tendo em conta que, como já referimos, a sua subjetividade está interligada com as características culturais, religiosas, morais, éticas e outras características individuais diversas de cada povo”<sup>27</sup>. Numa

<sup>27</sup> GÓMES DE SOUZA RAMOS, Daniel, “A positivação do direito fundamental à busca da felicidade como método de desenvolvimento sociopolítico”, em Elisaide Trevisan, Fernando Gustavo Knoerr (coordenadores), *Direitos sociais e políticas públicas I* [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UNICURITIBA, CONPEDI, Florianópolis, 2016, pp. 22-37 (p. 28).

tentativa de retirar a subjetividade que indubitavelmente existe no termo felicidade, este foi definido como “o direito de planejar e realizar um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, as possibilidades de sucesso”<sup>28</sup>. À semelhança do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à procura da felicidade implica “um controlo das intervenções arbitrárias do Estado”, “escolhas individuais para a realização de projetos de realização pessoal [...], de satisfação pessoal, livres de intervenções repressivas”.<sup>29</sup> Esse princípio, que vem sendo desenvolvido na doutrina brasileira — inspirando sua positivação no Código Cubano —, tem sido entendido pelo Supremo Tribunal Federal como uma ideia-força que inspira a interpretação das normas infraconstitucionais<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> LEAL, Saul Tourinho, “Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição”, *Tese (Doutorado em Direito Constitucional)*, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013, p. 114, disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>, acesso em 01 de março de 2021.

<sup>29</sup> ESPÍNDOLA DOS SANTOS, Jordan, Carlos Eduardo SILVA E SOUZA, “Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações”, *Revista Pensamento Jurídico*, vol. 13, no. 2, São Paulo, jul./dez. 2019 (pp. 121-147), p. 144, disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/176>, acesso em 01 de março de 2021.

<sup>30</sup> “O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no **processo** de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, segundo a sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou omissões lesivas cuja ocorrência

No Código das Famílias, atua de forma semelhante. A busca da felicidade torna-se um padrão de realização pessoal e familiar, um guia para o projeto de vida familiar dos indivíduos, as vontades, os desejos e as preferências dos idosos e das pessoas com deficiência. Torna-se assim “um escudo do ser humano face às tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei [...] mais típicos de uma concepção eudemonista da família em que não é o sujeito que existe para a instituição da família e do casamento, mas sim para o seu desenvolvimento pessoal, em busca das suas aspirações e da sua felicidade”<sup>31</sup>.

E o outro princípio que merece ser destacado nesta ocasião, pela sua importância, é aquele que o Código das Famílias, no seu artigo 3.1 l), nomeadamente o do equilíbrio entre a ordem pública da família e a autonomia. O objetivo é encontrar o justo equilíbrio entre os princípios da liberdade e da responsabilidade. Trata-se de uma norma que reforça a liberdade na ordem familiar, expressa através da possibilidade dada aos indivíduos, enquanto parceiros

*possa comprometer, afetar ou mesmo esterilizar direitos e liberdades individuais. — Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”* (RE 477554 AgR/MG, Relator Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011, Segunda Turma, DJe-164 25-08-2011).

<sup>31</sup> *Vid.* GALPERIN, Gabriel N., “Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura”, Primera parte, data: 4-Sep-2018, citação: MJ-DOC-13675-AR | MJD13675.

afetivos, enquanto parceiros parentais ou mesmo na ordem da filiação, de estabelecerem pactos de vária ordem através dos quais podem desenhar os diferentes estatutos jurídicos familiares. Estes pactos — expressão viva do que a doutrina tem designado por contratualização do direito da família — são acordos dos quais emergem regras de natureza voluntária, de acordo com diretrizes ou critérios estabelecidos por quem os celebra com o objetivo de disciplinar os efeitos das relações que se estabelecem para o efeito. O legislador evita utilizar o termo contrato, referindo-se, em qualquer caso, a pactos ou acordos celebrados por pessoas ligadas por laços familiares, nos termos dos quais se criam, modificam ou extinguem relações desta natureza, ou seja, relações familiares. Estes acordos são sempre notariais. A escritura notarial será o seu reservatório formal ou documental, pelo que cabe ao notário um duplo controlo, um substantivo, em que incluirá as manifestações de vontade das partes na torrente normativa, ajustando o seu conteúdo ao que é permitido pelas normas imperativas, e um formal, que selará ou blindará o acordo de acordo com os requisitos na ordem instrumental estabelecidos pelas normas adjetivas desta natureza.

#### **4. Direitos das pessoas no âmbito familiar**

O legislador distingue os direitos das pessoas no meio familiar dos direitos das crianças e dos adolescentes. Estes direitos são expressamente reconhecidos nos artigos 4 e 5 do Código. Estes direitos são cobertos pelas diversas instituições jurídico-familiares. Assim, enquanto o artigo 81 da Constituição regula o direito de constituir ou não uma família, o inciso a) do artigo 4 do Código das Famílias

— enquanto desenvolvimento constitucional — reconhece o direito de constituir família e também no inciso (b) o direito à vida familiar, dois direitos de natureza diferente que merecem ser distinguidos. É certo que, ao contrário do primeiro, o direito à vida familiar não só abrange o que é necessariamente íntimo ou privado nesse reduto que é a vida familiar, como também rejeita qualquer outra interferência no modo de fazer ou de viver a família. Todos têm direito à sua vida familiar e, precisamente como expressão dessa vida familiar, há uma faceta da sua intimidade ligada à família. Trata-se da dimensão da intimidade em que o sujeito impede qualquer informação de terceiros sobre os seus laços afetivos com as pessoas que fazem parte do modelo familiar que formou, com quem partilha certos segredos ou passagens da vida em que se envolveu como parte da família, não a família propriamente dita, pois esta carece de personalidade jurídica e não é, por isso, sujeito de direito, e que deseja manter afastada de terceiros, impedindo interferências ilegítimas destes, mesmo do Estado.

Reconhece-se ainda o direito à plena igualdade em matéria de filiação (alínea c)), direito-princípio expressamente previsto no artigo 83 da Constituição, pelo que os filhos, sejam eles biológicos, adotivos, socioafetivos ou resultantes da aplicação de técnicas de reprodução humana medicamente assistida com dadores terceiros, têm iguais direitos e deveres. Em matéria parental, o legislador reforça-o para os parentes socioafetivos — e não apenas para os filhos — no artigo 21.2 e, especificamente, em matéria de filiação, no artigo 48, devendo entender-se que tal igualdade na ordem do exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres não implica a inexistência de fontes de filiação, bem pelo contrário [artigos 50 e 206.2 em relação ao 206.1 a)]. O

legislador regula uma multiplicidade de fontes. Os efeitos da filiação não são idênticos, assim, o filho adotivo terá certas proibições de formalizar o casamento que o filho biológico não tem (artigo 93)<sup>32</sup>. O reconhecimento do direito à igualdade de filiação — exercitável nos termos da Constituição — significa que o filho tem os mesmos direitos nas relações parentais, incluindo os direitos sucessórios, que podem ser utilizados em qualquer processo judicial ou na esfera extrajudicial, mas que *não implica que cada fonte de filiação tenha um estatuto jurídico próprio, que pode ser diferente. Assim, em matéria de técnicas de reprodução humana medicamente assistida heteróloga, o legislador prevê certas regras quanto ao direito à informação sobre a identidade da criança nascida em resultado do sucesso destas técnicas, que não estão previstas para outras fontes de filiação, sendo excecional que a criança possa conhecer a identidade da pessoa que altruisticamente forneceu o material genético para a sua concepção (vid. artigo 122)*<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> E é lógico, da mesma forma que os filhos biológicos não podem formalizar o casamento (proibição relativa) com os seus parentes mais próximos, no caso de um filho biológico esses parentes próximos são-no pelo sangue e pela lei, coincidem, mas no caso da adoção, como há um divórcio entre a biologia e a norma jurídica, a proibição estende-se não só em relação aos seus novos parentes adotivos, mas também aos biológicos que, embora já não o sejam pela lei, continuam a sê-lo por natureza, uma *ratio da* proibição com fundamento eugénico.

<sup>33</sup> Trata-se, sem dúvida, de uma questão muito controversa, se a considerarmos do ponto de vista da identidade da pessoa (as crianças nascidas por estas técnicas), cujo direito à sua identidade poderia ser considerado violado, o que não implica, de modo algum, qualquer tentativa de reivindicar a filiação, o que, dado o cenário em que ocorre, não teria qualquer cabimento.



Por último, vale a pena destacar, entre os direitos reconhecidos às pessoas no âmbito familiar, o da assistência afetiva. Pela sua transcendência na conceção do Código, merece ser destacado. O cuidado como direito humano ultrapassa os limites do seu simples reconhecimento normativo e transcende a sua compreensão multicausal e multitemporal, a partir das políticas públicas do Estado para a sua garantia, da proteção pessoal e patrimonial de quem o presta e recebe, do reconhecimento dos seus pontos de conexão com outras áreas como a saúde e o trabalho, bem como do seu valor social e familiar, para uma reprodução social sustentável da humanidade. Desta forma, o cuidado torna-se um dos fios condutores do novo Código, uma vez que se tornou “um conceito polissémico que atravessa toda a vida da pessoa e engloba a esfera pública e privada”<sup>34</sup>. Assim, ao longo do texto, a assistência a crianças e adolescentes é abordada em associação com a obrigação de prestar alimentos (artigos 25.1 e 32), a comunicação entre parentes (artigo 47), a responsabilidade parental (artigos 136 ao 139, 144 e 146) e o regime de tutela e curatela (artigos 151 e seguintes). No que respeita ao regime económico do casamento, é introduzida a valorização económica do trabalho doméstico e de assistência (artigo 216), reforçada pelo carácter imperativo da norma, associado à possibilidade de o cônjuge ou pessoa em união de facto exi-

<sup>34</sup> PUENTES GÓMEZ, Anabel, “El derecho al cuidado en la reforma familiar cubana. Nuevos horizontes a favor de la dignidad humana”, em *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba*, Leonardo B. Pérez Gallardo y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (directores), Manuel García Mayo (coordinador), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023 (pp. 427-446), p. 429.

gir uma compensação económica para compensar a situação patrimonial desvantajosa após o divórcio ou a rutura da vida em comum, desde que se tenha dedicado ao trabalho doméstico e de assistência, por não ter exercido qualquer atividade remunerada ou lucrativa durante o casamento. Paralelamente, o ex-cônjuge na mesma situação pode também requerer a atribuição preferencial de bens e direitos após a liquidação do património comum matrimonial (artigo 326).

Com todo o exposto, talvez os preceitos mais relevantes em matéria de cuidados estejam regulados no Capítulo VII do Título VIII, dedicado exclusivamente aos cuidadores familiares, a par das reformas do Código civil, essencialmente as previstas no artigo 511, que inclui incentivos sucessórios na sucessão *ab intestato* para os familiares cuidadores<sup>35</sup> e causas de incapacidade sucessória para quem assume uma conduta de negligência, alheamento, desamor ou falta de cuidados para com adultos idosos ou deficientes [*v.g., r* recusar alimentos ou atenção ao falecido — artigo 469.1 c), ou fomentar o estado de abandono físico ou emocional do falecido, no caso de se tratar de uma pessoa idosa ou com deficiência — artigo 469.1 d)]<sup>36</sup>. Como

<sup>35</sup> *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Joanna PEREIRA PÉREZ, “Del cuidado personal como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios”, em *Revista de Derecho Privado* no. 4, julho-agosto de 2023, pp. 3-24.

<sup>36</sup> De acordo com a modificação introduzida no Código civil pela Disposição Final Décima Quarta do Código das famílias. *Vid.* a este respeito, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Violencia familiar e incapacidades para suceder (a propósito de la reforma del derecho familiar

afirma PUENTES GÓMEZ, “(o) direito a ser cuidado é um direito fundamental de todas as pessoas, mas também dos idosos, no entanto, o direito dos prestadores de cuidados é inseparável da própria ideia de cuidados como um direito social. Na sua dupla dimensão, é parte integrante do conjunto de direitos humanos universais consagrados em vários instrumentos internacionais, embora não esteja individualizado entre eles”<sup>37</sup>.

## **5. Direitos de crianças e adolescentes no cenário familiar**

Enquanto se aguarda uma norma *ad hoc*, reguladora do estatuto jurídico da criança e do adolescente, as normas contidas no Código sublinham a peculiaridade oferecida pelo reconhecimento e proteção dos direitos das pessoas desta faixa etária. Os direitos reconhecidos no artigo 5 no âmbito estritamente familiar são a concretização de alguns direitos que se encontram refletidos na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Constituição da República. É notória a intenção do legislador em sistematizar estes direitos num artigo incluído nas Disposições Preliminares, reforçando assim a sua importância.

cubano. Especial referencia al artículo 469 del Código civil)”, em *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano* (Mauro Tescaro e Alessio Zaccaria, coordenadores), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, pp. 29-77.

<sup>37</sup> PUENTES GÓMEZ, A., “El derecho al cuidado...”, *cit.* p. 429.

A tónica é colocada no reconhecimento dos menores como sujeitos de direitos e na possibilidade de exercício desses direitos de acordo com a sua progressiva autonomia, de tal forma que, à medida que as suas faculdades intelectuais evoluem, haverá um maior progresso no exercício dos direitos que lhes assistem. A responsabilidade parental conduzirá, assim, a uma diminuição da participação nas decisões dos filhos, na medida em que estes últimos — de acordo com a sua maturidade psicológica — decidam por si próprios dentro dos limites estabelecidos pela lei. Uma expressão concreta disto mesmo pode ver-se no exercício dos direitos de personalidade, que, de acordo com a alínea a) artigo 139.2, podem ser exercidos *per se em função “da sua idade, condições e maturidade”*, na medida em que, embora a partir de um critério etário e não do perfil da autonomia progressiva, o 29.6 do Código civil (de acordo com a Disposição Final Primeira do Código das famílias) inclui a possibilidade de, a partir dos 12 anos, poderem outorgar testamentos (de qualquer tipo) e até atos de autoproteção. No mesmo sentido, a ênfase do legislador no reforço do direito de audição das crianças e adolescentes [artigo 5 a)]. A escuta passa a ser um instrumento fundamental que, embora não seja um instrumento de decisão para juízes, notários e demais operadores das ciências jurídicas<sup>38</sup>, é um direito da

<sup>38</sup> «É necessário notar que a manifestação da vontade da criança nem sempre coincide com os seus próprios interesses; nestes casos, é necessário determinar se a sua atitude resulta de uma condição caprichosa, da ignorância de outro ambiente ou da alienação parental. As principais razões que devem ser

criança e do adolescente<sup>39</sup> na medida em que as decisões a serem tomadas dizem respeito aos seus legítimos interesses. É um processo de escuta realizado por uma equipe com

estabelecidas para determinar os limites da vontade da criança, quando esta é contrária aos seus direitos fundamentais e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. A vontade da criança pode ser afirmada através da participação direta ou em audiências judiciais e administrativas. Note-se que a vontade da criança nem sempre coincide com os seus próprios interesses, pelo que os juízes devem ser analíticos e procurar a ajuda de peritos para poderem tomar uma decisão mais correta. *Vid.* LÓPEZ CONTRERAS, Roly Eulalio, “Interés superior de los niños y niñas. Definición y contenido”, em *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, no. 13 (1), 2015 (pp. 51-70), p. 63.

<sup>39</sup> O seu conteúdo deve ser determinado de acordo com o princípio da realidade familiar [artigo 3.1 m)], ou seja, tendo em conta as particularidades de cada caso. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, flexível e adaptável. Por isso, deve ser ajustado e definido de forma individualizada, de acordo com a situação específica de cada criança ou adolescente e tendo em conta o contexto, a situação e as necessidades pessoais. Como refere o Comité dos Direitos da Criança no seu Comentário Geral no. 14, de 2013, sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tomado como consideração primordial, artigo 3, no. 1, disponível em: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=3990](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990), acesso em 12 de maio de 2024, no. 34: “A flexibilidade do conceito de interesse superior da criança permite a sua adaptação à situação de cada criança e à evolução dos conhecimentos sobre o desenvolvimento infantil”. Em qualquer caso — como o próprio Comité afirmou — “deve ter-se presente que o objetivo da avaliação e determinação do interesse superior da criança é assegurar o pleno e efetivo gozo dos direitos reconhecidos na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos, bem como o desenvolvimento integral da criança” (parágrafo 82).

representação de várias disciplinas relacionadas às questões de direito de família, o que permite a construção do princípio norteador do respeito ao melhor interesse da criança ou do adolescente a partir dessa perspectiva multidisciplinar, de acordo com os parâmetros que o próprio artigo 7 do Código<sup>40</sup> oferece a título de luz no horizonte. A audiência

<sup>40</sup> **“Artigo 7. Interesse superior da criança e do adolescente.**

1. *O interesse superior da criança e do adolescente é princípio geral que informa o direito de família, de observância obrigatória e primordial em todas as ações e decisões que lhes digam respeito, tanto na esfera privada quanto na pública.*
2. A fim de determinar o interesse superior de uma criança ou de um adolescente numa situação específica do seu ambiente familiar, devem ser avaliados os seguintes elementos
  - a) a sua opinião, de acordo com a sua capacidade de compreensão, a sua capacidade de formar o seu próprio juízo e a sua autonomia progressiva;
  - b) a sua identidade específica e o seu estatuto de pessoa em desenvolvimento;
  - c) a preservação das relações familiares, afetivamente próximas, num ambiente familiar harmonioso, sem discriminação e sem violência;
  - d) a sua guarda, proteção e segurança;
  - e) as suas necessidades físicas, educativas e emocionais;
  - f) situações de vulnerabilidade, incluindo as provocadas por situações excepcionais e catástrofes reconhecidas na Constituição da República de Cuba;
  - g) o efeito que qualquer mudança de situação pode ter na sua vida quotidiana; e
  - h) outros critérios relevantes que contribuam para a satisfação máxima, integral e simultânea dos direitos da criança e do adolescente.

não só pode ser realizada em tribunal, como, ao contrário de outros textos legais, pode também ser realizada em cartório<sup>41</sup>. Este facto está em consonância com outro princípio dos direitos da criança e do adolescente no meio familiar, nomeadamente o direito à participação nas decisões familiares que afetam os seus interesses [alínea b) do artigo 5]. De acordo com o Comité dos Direitos da Criança, “(a) avaliação do interesse superior consiste em avaliar e ponderar todos os elementos necessários para tomar uma decisão numa determinada situação para uma determinada criança ou grupo de crianças. É da responsabilidade da pessoa que toma a decisão e do seu pessoal (idealmente uma equipa multidisciplinar) e requer a participação da criança”<sup>42</sup>.

3. O interesse superior da criança e do adolescente é avaliado em harmonia com os deveres dos filhos para com as mães, os pais e outros familiares, em conformidade com o disposto no artigo 149.

<sup>41</sup> Embora esteja regulada por ocasião da tramitação do divórcio por mútuo consentimento em processo notarial (artigo 291.3) e nos acordos de extinção da união de facto (artigo 329.4), a audição é possível e também aconselhável em todos os atos ou negócios jurídicos em que estejam em causa interesses de menores, bem como nos acordos parentais (artigo 163.2). Nalguns casos é obrigatória, como para a delegação do exercício temporário e parcial das responsabilidades parentais [145.2 e 183 e)], desde que as condições de maturidade da criança ou adolescente o permitam.

<sup>42</sup> Comentário Geral no. 14, de 2013, sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja considerado como uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), parágrafo 47.

## 6. Avós, outros familiares e outros referentes afetivos na transmissão de valores às novas gerações.

O artigo 8, que regula o valor, nas famílias cubanas, da participação dos avós, avós e outras referências afetivas na transmissão intergeracional de *“tradições, cultura, educação, valores, afeto e trabalho de cuidado”*, pode ser descrito como particularmente importante. Trata-se de um preceito com um valor axiológico indiscutível. Tem-se em conta que as famílias cubanas são famílias alargadas, nas quais os avós desempenham um papel importante, pois em muitos casos criam laços afetivos intensos com os seus descendentes, sendo eles que formam e educam os netos, assumindo por vezes até um papel de liderança face a pais e mães ausentes ou com papéis secundários<sup>43</sup>. Embora se dê especial ênfase aos avós e às avós, o artigo não se limita a eles, aludindo a outros familiares (irmãos ou tios, por exemplo) ou a outras pessoas afetivamente próximas (amigos, vizinhos, padrinhos ou madrinhas de batismo) que também podem ter uma relação afetiva significativa com as crianças ou adolescentes).

Cada família assenta em valores e tradições que lhe dão um cunho particular. Estes valores reforçam o selo de identidade, reforçam a personalidade das crianças, orientam a

<sup>43</sup> Segundo o professor GONZÁLEZ MONZÓN, este regulamento “responde às possibilidades de concretização do princípio da pluralidade familiar face às circunstâncias sociais e familiares que, em muitas ocasiões, colocam avós, avós e outras pessoas afetivamente próximas das famílias em posições de destaque na sua dinâmica estrutural e funcional”. *Vid.* GONZÁLEZ MONZÓN, A., “Las disposiciones preliminares...”, *cit.*, p. 49.



sua dimensão ontológica, os valores que vão abraçar, a sua concepção da vida, as suas relações não só na família, mas também na sociedade. A família é o berço que dá forma ao ser de cada pessoa. A formulação do legislador dá ênfase ao papel desempenhado pelas pessoas referidas na prestação de cuidados, tendo em conta que na sociedade cubana é muito comum os avôs e as avós — como já foi explicado — assumirem o papel de cuidadores dos seus netos. Por conseguinte, este artigo tem um desenvolvimento transversal no texto codicista, ao consagrar os direitos e deveres que se harmonizam com o espírito do legislador. Neste sentido, os artigos 45 ao 47 e 160 regulam o direito à comunicação familiar e os artigos 151.4 e 169, o direito que lhes assiste de requerer judicialmente a tutela e guarda de crianças ou adolescentes, quando as circunstâncias o favoreçam, em correlação com os artigos 149 e 150 que estabelecem os deveres das crianças e dos filhos, menores ou maiores, para com os pais, mães e demais parentes, visando em todos os casos a simetria nessas relações, de modo a que direitos e deveres atuem na órbita do equilíbrio das relações familiares.

## **7. Critérios de interpretação das regras do Código**

O Código prevê a necessidade de critérios hermenêuticos, tão necessários em normas de alcance geral e com a vocação de universalidade e vigência prolongada no tempo que este texto legal implica. Para além dos critérios tradicionais de interpretação: histórico, lógico e sistemático, é de salientar que, pela primeira vez, se incorpora o critério evolutivo ou sociológico como critério de interpretação de uma norma jurídica em Cuba, o que constitui uma ode ao

ativismo judicial, agora transposto para outros cenários não necessariamente judiciais. Como elementos que merecem ser destacados na regulamentação do artigo 9, vale mencionar:

- a) Não existe uma prioridade entre os critérios interpretativos, a ordem pela qual são enunciados não dá preferência a um em relação aos outros, o que é explicitado quando se afirmar que, na interpretação, não se deve ter em conta apenas o sentido das palavras, mas que este, por si só, não é decisivo (artigo 9.2).
- b) Remete expressamente para o ordenamento jurídico nacional e internacional, de tal modo que o operador jurídico fica livre de utilizar qualquer das fontes disponíveis no âmbito nacional ou internacional, sem outras limitações que não a não violação dos direitos reconhecidos na Constituição da República de Cuba, dando especial ênfase à coerência do ordenamento jurídico; o Código é mais um elo, não um satélite com direção autónoma (artigo 9.1).
- c) A referência aos princípios como critério de interpretação, que não são apenas supletivos, mas também regras de integração e de controlo axiológico (artigo 9.1).
- d) Viabiliza o diálogo das fontes em matéria de direito da família, admitindo a coerência necessária à interpretação dos seus preceitos de acordo não só com o ordenamento jurídico interno, mas também com o ordenamento jurídico internacional (assim, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres) (artigo 9.1).

A interpretação das normas contidas no Código está em conformidade com o seu âmbito de aplicação e, por conseguinte, com os princípios, valores e regras contidos na Constituição e nos tratados internacionais em matéria de família em vigor na República de Cuba. A interpretação das normas do Código deve ser efetuada em conformidade com as mesmas, reforçando o referido diálogo de fontes e garantindo assim uma leitura mais contemporânea, realista e humanista do direito da família.

Após uma análise do artigo 9.2 do Código das famílias de Cuba, comparando-o com o artigo 2 do Código civil e comercial argentino, o professor KEMELMAJER DE CARLUCCI salienta que “(o) Código das famílias da ilha menciona os antecedentes históricos e legislativos; no entanto, estas diretrizes são flexibilizadas pela referência expressa à «realidade social do tempo em que as normas devem ser aplicadas». Por outras palavras, a interpretação evolutiva ou dinâmica, que no direito argentino decorre da referência às finalidades do sistema jurídico, parece ter uma formulação mais direta no direito cubano». A alusão à interpretação evolutiva ou sociológica foi retirada do Código civil espanhol, que a prevê no seu artigo 3.1. Com a interpretação evolutiva, defende GUASTINI, atribui-se ao texto normativo um significado diferente do literal, mas sobretudo um novo significado, diferente dos significados já estabelecidos, tendo em conta as exigências sociais baseadas numa avaliação

política do intérprete<sup>44</sup>. A interpretação das normas jurídicas altera-se em função das exigências sociais. “É o que se designa por jurisprudência progressiva. Esta forma de entender a atividade jurisdicional é fundamental num Estado moderno, e elementar para a sobrevivência das leis, sob pena de estas terem de ser constantemente alteradas, o que é impossível, e implica necessariamente o afastamento da vontade do legislador que as elaborou. Para efetuar este tipo de interpretação jurídica, o juiz tem de ser sensível às necessidades sociais do seu tempo”<sup>45</sup>.

“A interpretação das leis deve alterar-se de acordo com as exigências sociais”<sup>46</sup>, e precisamente de acordo com essas exigências os juízes (e também os outros operadores do direito da família) “devem concretizar a norma jurídica”<sup>47</sup>, e desta forma rejuvenescer o direito, pelo que a função última do direito é “constituir um fator decisivo e (...) contribuir para a mudança e transformação social”<sup>48</sup>. Na opinião do professor sevilhano CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: “A finalidade da interpretação sociológica é, em princípio, mui-

<sup>44</sup> GUASTINI, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, em *Isonomía*, no. 43, outubro de 2015 (pp. 11-48), p. 28.

<sup>45</sup> LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el Derecho como instrumento del cambio social)”, em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/15.pdf>, acesso em 19 de março de 2017 (pp. 241-313), p. 261.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

to simples e óbvia: evitar o anacronismo, impedir a petrificação do Direito; fazer da norma uma entidade viva que, por si só, sem necessidade de uma reforma rigorosa e incessante, seja capaz de se adaptar aos novos tempos, às novas realidades (sociais, económicas, políticas, culturais...)”<sup>49</sup>.

Tal como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça espanhol de 21 de novembro de 1934<sup>50</sup>, pioneiro na matéria, cujo relator foi CASTÁN TOBEÑAS, afirmava na altura: “... *para que o direito esteja em contacto com as exigências da vida real, que constituem a sua razão de ser, é necessário que os resultados obtidos graças a estes dois elementos clássicos sejam reforçados e controlados pela aplicação do que se costuma designar por*

<sup>49</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, “Matrimonio y Constitución. Su interpretación evolutiva en España”, em *Derecho familiar constitucional*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Villabella Armengol e Germán Molina Carrillo (coordenadores), Grupo editorial Mariel, México, 2016 (pp. 145-185), p. 151.

<sup>50</sup> Como explica o professor CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, com o caso submetido ao Supremo Tribunal “tratava-se de adaptar o Código civil espanhol [...] à nova realidade social que o CS entendia estar contemplada na Constituição então vigente, a Constituição Republicana de 1931. O caso era também um caso de família, embora estritamente referente à filiação: tratava-se de uma ação de investigação de paternidade extraconjugal (intentada pela mãe contra a viúva do pai ilegítimo), quando, pelo menos programaticamente, o art. 43 da Constituição Republicana de 1931 já impunha a investigação da paternidade, ao impor a igualdade em toda a filiação (matrimonial ou não), à semelhança do que faz hoje o art. 39 CE; mas esse princípio não se refletiu no CC (de 1889), cuja regulamentação manteve ainda os velhos valores da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos e da proibição da investigação da paternidade.” *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Matrimonio y Constitución...”, *cit.* pp. 147-148.

*elemento sociológico*”. O objetivo é deixar o caminho aberto para a revitalização das regras do direito da família ao longo do tempo, como aconteceu nos últimos anos do Código da família de 1975. Evitar a petrificação das normas a que alude o professor sevilhano. Colocar a norma em contacto contínuo com o tecido social, de modo a conseguir “a atualização natural do sentido literal e histórico [...] em função do seu sentido lógico renovado”<sup>51</sup>. Com o cânone sociológico da interpretação, o legislador deixa em aberto a possibilidade de interpretar a norma de acordo com as novas circunstâncias que a passagem do tempo lhe traz, para que o intérprete a atualize na sua aplicação a essa nova realidade que, de alguma forma, é juridificada ou positivada<sup>52</sup>. As dinâmicas socio-familiares aconselham-no.

## **8. A especialização nos assuntos familiares**

O artigo 10 do Código reafirma a especialidade dos profissionais que se ocupam do direito da família em relação a outras matérias, o que é dado — entre outras razões — pela natureza das matérias deste ramo do direito. O termo especialidade utilizado pelo legislador refere-se, pois, à verticalidade dos conhecimentos técnicos que o operador que resolve uma questão de natureza familiar deve possuir,

<sup>51</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Realidad (social) y norma (jurídica): La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 142.

<sup>52</sup> *Ibid.*

qualquer que seja a sua sede, judicial ou extrajudicial. Para além da verticalidade de conhecimentos, que implicaria uma formação em matéria de família com uma dimensão multidisciplinar, que poderia envolver diferentes graus, bem como a sensibilidade exigida aos profissionais que trabalham em matéria de família, para que possam também atuar com honestidade, transparência, imparcialidade ou neutralidade, bem como serem dotados de uma visão holística do fenómeno.

Por conseguinte, são os orçamentos informativos da especialidade:

- a) Formação que conduza a um elevado nível de preparação técnica dos operadores, não só no domínio do Direito, mas também das ciências afins, o que permitirá obter um profissional altamente qualificado e com suficiente flexibilidade de pensamento para dar resposta ao vasto leque de questões que se colocam nas relações familiares.
- b) A sensibilidade que deve ser desenvolvida por aqueles que trabalham nestas áreas, independentemente do papel que desempenham, quer sejam ou não autoridades públicas. Esta sensibilidade especial implica uma compreensão das questões familiares numa perspectiva conciliadora, com enfoque de género, sentido de inclusão e perfil de direitos humanos.
- c) A incorporação de uma cultura de paz, de um espírito de conciliação e de um sentido de justiça na resolução dos assuntos familiares.
- d) A disponibilização de instrumentos técnicos para prevenir, identificar e dissuadir manifestações de discriminação.

- e) A necessária abordagem multidisciplinar das questões de direito da família, onde se cruzam diferentes áreas do saber, para que sejam resolvidas nesta perspectiva holística.

O artigo 10 constitui a matriz de uma legislação posterior que deverá exigir determinados requisitos de formação profissional para os profissionais que trabalham no domínio do direito da família e que são decisores ou atuam nessa qualidade (incluindo os notários). A especialidade dos que lidam com a família reforça, por sua vez, a abordagem sistémica e multidisciplinar dos estudos de direito da família, em que se conjugam diferentes áreas do saber. Daí a necessidade da intervenção de médicos, psicólogos, sociólogos, cientistas políticos, demógrafos, economistas, arquitetos, informáticos, filósofos, assistentes sociais, pedagogos e outros especialistas de ciências afins. Como explica Álvarez-Tabio Albo a partir da doutrina cubana, “(i)no Direito da Família, como em nenhum outro ramo do saber jurídico, é inevitável a necessidade de enfrentar tantos fenómenos — como a transformação das formas de comunicação, os processos migratórios, o urbanismo, o meio ambiente, a violência, a toxicodependência ou o envelhecimento — com base na inter, trans e multidisciplinaridade que é imprescindível pela implicação multifatorial das suas causas e consequências. A maior parte dos conflitos que estes fenómenos colocam não podem ser abordados sem os contributos disciplinares de outras áreas do saber, e é este o desafio a que nós, juristas, somos chamados [...]”<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “El orden público familiar. Su



## 9. Razoabilidade das decisões em matéria de família. Referência especial às decisões de carácter notarial

O artigo 11 do Código das famílias regula a razoabilidade das decisões familiares pela primeira vez num regulamento familiar substantivo, enquanto no seu segundo parágrafo introduz pela primeira vez no sistema jurídico cubano o mandato normativo da razoabilidade das decisões notariais.<sup>54</sup> A razoabilidade foi definida de forma muito eficaz como a ‘lógica dos valores’, que rejeita qualquer tipo de descrição normativa, formalista, abstrata, rígida e, portanto, certa e de aplicação controlável; fundamentalmente caracterizada pela flexibilidade e ductilidade; imprevisível

expresión en el futuro Código de las familias cubano”, em *Las familias en la Constitución*, Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (coordinadores), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020 (pp. Pérez Gallardo e Daimar Cánovas González (coordenadores), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020 (pp. 79-99), p. 97.

<sup>54</sup> De acordo com ATIENZA, Manuel, “Sobre lo razonable en el Derecho”, em *Revista española de Derecho constitucional*, ano 9, no. 27, setembro-dezembro de 1989, pp. 93-110 “uma decisão jurídica é razoável em sentido estrito se e só se 1) é tomada em situações em que não se poderia, ou não seria aceitável, adotar uma decisão estritamente racional; 2) consegue um equilíbrio ótimo entre as diferentes exigências que se apresentam na decisão, e 3) obtém um máximo de consenso” (pp. 108-109). Neste sentido, propõe “uma noção de razoabilidade que não pode ser simplesmente utilizada para justificar, enquanto tal, praticamente qualquer solução que possa ser adoptada num caso difícil ou trágico, mas que contém um certo potencial crítico, isto é, que pode ser utilizado como um critério, ou um esquema de critérios, que permite justificar que uma determinada interpretação ou decisão é preferível (mais justificada) do que outra” (p. 109).

nas suas especificações; e intrinsecamente propensa a tudo o que diz respeito à fatualidade e aos interesses”<sup>55</sup>.

O legislador, no primeiro apartado do referido artigo — com uma declaração de âmbito geral — prevê que “*As decisões tomadas em matéria de família devem ser razoavelmente fundamentadas, tendo sempre em conta os princípios e valores jurídicos que enformam o direito da família [...]*”, em consonância com as disposições do Código. Em seguida, no segundo, impõe o mesmo dever “*a todas as autoridades que intervenham nessas matérias, mesmo que não tenham carácter judicial*”. O notário é, evidentemente, uma das autoridades que intervêm em matéria de família, quase ao mesmo nível que os juízes. Em que consiste esta razoabilidade? Como defende o professor argentino KEMELMAJER DE CARLUCCI, REFERINDO-SE ao artigo 3 do Código civil e comercial nacional, que serviu de fonte de inspiração ao artigo 11 do nosso Código das famílias, trata-se de uma regra que limita a arbitrariedade, “na medida em que obriga [...] a um esforço suplementar de argumentação”<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> BALDASSARRE *cit. pos* STAMILE, Natalina, “Razoabilidade (Princípio da)”, *Eunómica, Revista de Cultura da Legalidade*, no. 8, março-agosto de 2015 (pp. 222-228), p. 223.

<sup>56</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Capítulo I. (Primera parte) La razonabilidad en el Código civil y comercial argentino. Lineamientos generales”, em *El criterio de la razonabilidad en el Derecho privado*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos I. Jaramillo Jaramillo, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2020 (pp. 3-38), p. 28.

O poder de decisão não é exclusivo dos juízes; o Código atribui-o também aos notários<sup>57</sup>, pelo que o notário deve, nos termos do artigo 152, ponderar as regras contidas nesta disposição, a fim de avaliar a sua pertinência para aprovar ou homologar as convenções de divórcio, acordos de cessação de união de facto afetiva ou acordos de parentalidade, quando o casal, seja ele conjugal, de facto ou parental, respetivamente, proponha a guarda e a assistência partilhadas, a fim de determinar se tal regime — em conformidade com o princípio da realidade familiar — corresponde ao interesse superior da criança ou do adolescente. Encontra-se numa situação semelhante quando o artigo 164.2 lhe atribui a responsabilidade de tomar a decisão nos acordos de parentalidade, o que implica implicitamente um controlo de equidade destes acordos, que estão sujeitos à sua “auditoria” jurídica. Compete ao notário verificar as *“razões suficientemente justificadas”* que permitem a celebração, por escritura pública, de acordos sobre a atribuição da guarda e dos cuidados de crianças e adolescentes a *“avós, avôs, outros parentes ou pessoas afetivamente próximas”*, como referido no artigo 169.1. Do mesmo modo, cabe ao tribunal decidir se é ou não apropriado efetuar adaptações razoáveis para facilitar o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, a fim de facilitar um sistema de comunicação familiar, quando uma das partes envolvidas

<sup>57</sup> Segundo STAMILE, N., “Razonabilidad...”, *cit.*, p. 224, “a razoabilidade é um princípio, uma categoria conceptual que pertence a todos os domínios e, sobretudo, que é própria de todos os seres humanos, sejam eles juristas ou juízes, chamados a decidir e a resolver ‘razoavelmente’ as questões jurídicas mais espinhosas e controversas”.

se encontra nesta situação, de acordo com o disposto no artigo 188. Mais uma vez, o artigo 295 impõe ao notário o controlo da equidade nos acordos de divórcio, essencialmente aqueles que dizem respeito aos interesses das crianças em situação de vulnerabilidade, quer devido à sua idade, quer devido à sua deficiência, uma característica particular que é reproduzida no artigo 296.3, por ocasião da modificação de tais acordos — como já foi explicado. Entretanto, o artigo 477 deixa nas mãos dos notários a decisão sobre a execução dos acordos ou pactos alcançados através da mediação, o que implica também um controlo de equidade ou de não lesividade que permite ao notário abster-se de atuar quando estes — de acordo com o 477.2 — *“afetem critérios de ordem pública ou violem o superior interesse das crianças e dos adolescentes ou a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade”*, abstenção que deve ser razoavelmente fundamentada.

O legislador do Código das famílias, no artigo 11.2, exige, portanto, que o notário fundamente juridicamente as suas decisões. Procura-se a razoabilidade “como critério de apreciação para a obtenção de decisões conformes aos princípios e valores decorrentes do ordenamento jurídico”<sup>58</sup>, que o legislador exige no ponto anterior deste preceito. O legislador iniciou um processo que deve ser prosseguido — de imediato, sublinho — na reforma do direito notarial e dos regulamentos notariais que terá lugar em breve. Não basta o destemor desta regulamentação substantiva; é

<sup>58</sup> VILLAR, Juan Pablo, *Introducción a la argumentación jurídica notarial*, Asociación de escribanos del Uruguay, Montevideo, 2020, p. 54.

também necessário reconstruir o edifício notarial a partir desta visão da argumentação e da razoabilidade. Como diz COSOLA, da Argentina: “Quanto mais o notário argumenta o direito, maior é a segurança jurídica. Trata-se de reforçar certos deveres éticos do notário para que a criação do documento seja uma consequência natural de uma atuação notarial justa, e para que as pessoas tenham acesso aos seus direitos através de uma engenharia jurídica sem conflitos, promotora da paz”<sup>59</sup>, o que é ainda mais importante no domínio do direito da família, uma vez que se trata de uma matéria tradicionalmente afastada da influência notarial, por ser considerada um templo de interesses públicos, preferencialmente protegidos nos domínios da Themis.

Embora o controlo da legalidade notarial se baseie, muitas vezes, num silogismo subjuntivo, o raciocínio jurídico sem estrutura silogística, com predominância de juízos de valor — como refere Villar<sup>60</sup> é de incentivar. O legislador do Código das famílias procura um raciocínio não silogístico com predomínio de juízos de valor, entendendo-se como tal “aquele procedimento mental de relacionar ideias e informações para chegar a uma conclusão sem estrutura silogística e no qual predominam os juízos de valor efetuados pelo intérprete para chegar a uma decisão

<sup>59</sup> COSOLA, Sebastián Justo, *La prudencia notarial. Vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Gaceta Notarial, Lima 2014, p. 109.

<sup>60</sup> VILLAR, J. P., *Introducción a la...*, cit., p. 53.

dentro de certos parâmetros que oferece o Direito”<sup>61</sup>. Assim, quando o notário tem de homologar ou aprovar acordos em matéria de direito da família de acordo com o princípio do superior interesse da criança ou do adolescente, o raciocínio que tem de utilizar não é silogístico, é um raciocínio com predominância de juízos de valor dentro de determinados parâmetros do Direito, entre outros, no artigo 7. A razoabilidade notarial a que se refere COSOLA — e com ela a ponderação neste cenário — invocada no artigo 152 do Código por ocasião das regras de apreciação da adequação da tutela e assistência partilhadas — impõe-se, pois. “A razoabilidade notarial exige que o notário encontre a melhor resposta para o caso concreto a partir do diálogo das fontes, ponderando soluções, alternativas e decisões para que o ato notarial não seja arbitrário nem injusto”<sup>62</sup>. As suas diretrizes — como salienta o atual Chanceler da Universidade Notarial Argentina — partem do princípio de que: “a) O trabalho notarial parte da ideia de conhecimento e visa o controlo racional; b) Este conhecimento pressupõe a ideia de que o notário deve tirar dele conclusões valiosas (razoabilidade teórica); c) Acolhimento da vontade das partes requerentes

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> COSOLA, Sebastián Justo, “La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código civil y comercial de la Nación)”, comunicação apresentada na XXXII Jornada notarial argentina, p. 41, disponível em: <http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>, acesso em 06 de janeiro de 2024.

em conformidade com a nova lei (razoabilidade prática); d) Chegada a um resultado justo (o bem deve ser feito, o mal deve ser evitado); e) Aplicação do conhecimento integrado com a equidade”<sup>63</sup>, linhas que, na sua essência, estão em consonância com os mandatos do legislador no Código das famílias, que pretende, em matéria familiar, que o notário chegue — através da escritura pública — a um resultado justo, de acordo com a prudência notarial e a aplicação da equidade como fórmula moderadora de soluções racionais. “Sem dúvida que — como salientou VALLET DE GOYTISOLO — o sentido do direito, ou o sentido da justiça, assenta num sentimento de justiça que é inato no homem, embora seja sempre educável, mas este sentimento deve ser submetido ao que a razão dita, tendo em conta todas as circunstâncias objetivas de cada caso”<sup>64</sup>.

Em conclusão, e nas palavras da professora KEMELMAJER DE CARLUCCI, “(a) razoabilidade é um valioso instrumento na luta contra os absolutos. [...]. Um mundo em que impera o pluralismo [...], só pode ser regido por razões que, em consonância com princípios, os interessados possam aceitar [...]”<sup>65</sup>. Como sabiamente expressa a professora:

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “La función notarial observada por su ciencia práctica”, em *Derecho notarial*, volume I (Leonardo B. Pérez Gallardo, Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, coordenadores), Editorial Félix Varela, Havana, 2006 (pp. 69-94), p. 88.

<sup>65</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Capítulo I. La razonabilidad en el...”, *cit.*, pp. 34-35.



“O direito, como ciência social, deve valer para a realidade; a realidade é, em si mesma, infinitamente multifforme e sujeita a uma evolução contínua; por isso, o direito não pode encerrar-se em fórmulas unívocas e inalteráveis; pelo contrário, deve ponderar as situações concretas [...]”<sup>66</sup>, ponderação que hoje é confiada ao notário como arquiteto da segurança jurídica preventiva no novo Código das famílias de Cuba.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 35.





# João Paulo Remédio Marques

Professor Catedrático

Faculdade de Direito Universidade de Coimbra

## ALIMENTOS DEVIDOS A FILHOS MAIORES E MENORES — ALGUMAS QUESTÕES SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

### 1. Conceito de alimentos (art. 2003.º do CC português). Os alimentos familiares

A Constituição da República Portuguesa (CRP) determina, no seu art. 36º, n.º 5, da CRP, que “*os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*”. Estatui, por sua vez, o artigo 2003.º, n.º 1, do Código Civil (CC) que “*por alimentos, entende-se todo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário*”, acrescentando o seu n.º 2 que, na menoridade, os alimentos “*compreendem também a instrução e educação do alimentando*”. A palavra “sustento” não se reduz, assim, à alimentação, mas abrange, igualmente, a satisfação de todas as necessidades vitais de quem carece de alimentos, nomeadamente as relacionadas com a saúde, os transportes, a segurança, a educação e a instrução.



Refere, outrossim, o artigo 2004.º, n.º 1, do CC que “*os alimentos são proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los*”, sopesando-se, ademais, que “*na fixação dos alimentos entender-se-á (...) à possibilidade do alimentando prover à sua subsistência*” (n.º 2).

## **2. Modo de prestar os alimentos**

Resulta do artigo 2005, n.º 1, do CC português que, por regra, os alimentos devem ser prestados em prestações pecuniárias mensais, estatuinto, por fim, o artigo 2009.º, n.º 1, als. *a) a c)*, do mesmo Código que estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada, o cônjuge ou o ex-cônjuge, os descendentes e os ascendentes.

## **3. Fonte jurídico-genética do dever de prestar**

Surpreendem-se várias fontes normativas do dever de prestar alimentos. Temos o contrato (art. ), bem como a obrigação legal de os prestar (*obrigação não autónoma*). Há, ainda, uma outra figura raramente usada em Portugal: o (antigo) *apanágio do cônjuge sobrevivente* (art. 2018.º do CC), visto que os cônjuges sobreviventes se tornaram herdeiros necessários (*legitimários*) a partir da entrada em vigor da reforma do CC de 1966, por via do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, ou seja, no dia 1 de abril de 1978.

#### 4. Critérios gerais de quantificação da obrigação alimentar: a medida dos alimentos. O caso dos filhos menores

Prevalecem, neste domínio, as ponderações efetuadas ao abrigo do princípio da proporcionalidade (adequação; proibição do excesso; necessidade). Como dissemos há pouco, o Código Civil português determina que os alimentos “serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los” uns e outras atuais, ou seja, existentes no momento da prestação de alimentos; e que deve atender-se, por outro lado, “à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência”.

Tais elementos (possibilidade *versus* necessidade) desempenham uma dupla função, visto que são, simultaneamente, pressupostos da constituição e da permanência da obrigação de alimentos e critérios de determinação do respetivo *quantum*. Que o mesmo é dizer que o conceito de necessidade do alimentando, quer o de meios do alimentante para prestar alimentos são *conceitos jurídicos indeterminados* ou relativos, que hão de ser concretizados ou densificados à luz do *princípio da solidariedade familiar*, atendendo à pessoa do alimentando e do alimentante e às suas circunstâncias concretas<sup>1</sup>. A contribuição de alimentos não pode exceder nem o que é necessário ao credor nem o que é exigível, no contexto, em função da capacidade do devedor<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, in MARIA CLARA SOTTOMAYOR (coord.), *Código Civil Anotado*, Livro IV, *Direito da Família*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 1070.

<sup>2</sup> Nestes termos, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 54-55.

Note-se, porém, no âmbito da natureza especialíssima do vínculo parental, a prestação de alimentos devida pelos pais aos filhos menores ou emancipados não tem o mesmo objecto que a obrigação alimentar comum, já que se trata de um regime especial que afasta as regras gerais dos arts. 2003.º e segs. do CC.

Trata-se aqui, na verdade, de uma obrigação de sustento mais vasta do que a existente nos restantes casos (cfr. o art. 2009.º do CC), já que a medida dos alimentos não se afere estritamente aqui por aquilo que é *indispensável* à satisfação das necessidades básicas e educativas dos filhos, mas pelo que é necessário à promoção adequada do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral destes, de acordo, porém, com as possibilidades dos pais, conforme decorre do art. 1885.º do referido Código.

Na determinação das necessidades (atuais) da criança ou jovem menor ter-se-á de atender ao seu padrão de vida, ao custo de vida em geral (custo médio e normal de subsistência), à idade do menor (quanto mais velha é a criança mais avultados são os encargos com a sua educação, vestuário, alimentação, vida social, actividades extracurriculares etc.), à ambiência familiar, social, cultural e económica a que está habituado e que seja justificável pelas possibilidades de quem está obrigado a prestar os alimentos<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Deste modo, a prestação dos alimentos não se quantifica à luz das estritas necessidades vitais do menor (*v.g.*, alimentação, vestuário, calçado, alojamento); ela visa, pelo contrário, assegurar-lhe um nível de vida económico-social idêntico ao dos pais, mesmo que estes já se encontrem divorciados, separados de facto — de-

Entre nós, não há fórmulas objetivas ou critérios quantitativos para superar a imprecisão das regras legais e jurisprudenciais e promover a adequação do montante da obrigação de alimentos às necessidades dos menores ou das crianças.

Um dos critérios a utilizar, no caso de escassez de factos para se apurar um valor adequado da pensão, será utilizar o *indexante dos apoios sociais* (IAS). O IAS constitui o referencial determinante da fixação, cálculo e atualização dos apoios e outras despesas e das receitas da administração central do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, qualquer que seja a sua natureza, previstos em atos legislativos ou regulamentares (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro). A atualização deste indexante é efetuada atendendo ao crescimento real do PIB (Produto Interno Bruto) correspondendo à média da taxa do crescimento médio anual dos últimos 2 anos e à variação média dos últimos 12 meses do IPC (Índice de Preços no Consumidor), sem habitação.

Em sede das prestações alimentares, em que normalmente poderão estar em causa, de igual sorte, prestações da segurança social, pode-se considerar que o valor do IAS

vendo, neste caso, atender-se ao nível de vida que os progenitores desfrutavam na sociedade conjugal, na constância do casamento — ou não unidos pelo matrimónio. Onde, uma vez dissolvida a união de facto, deve o menor ser mantido o standard de vida de que desfrutava antes da rutura dos progenitores, visto que, parece claro, deverem os pais propiciar aos seus filhos condições de conforto e um nível de vida idêntico aos seus.



(regulado na Lei n.º 53-B/2006, de 29/12, com alterações posteriores), nos termos da Portaria n.º 294/2021, de 13 de dezembro, para o ano de 2024 é de € 509,26<sup>4</sup>. Este IAS representa o mínimo económico para propiciar uma vida minimamente digna de um adulto. Por uma razão de economias de escala, pode-se considerar que os menores que vivam com um adulto precisam, para esse mesmo nível de vida minimamente digna ser mantido, de 0,5 IAS — na verdade, no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, na redação atual, dispõe-se que, no quadro do apuramento da capitação dos rendimentos do agregado familiar, a ponderação de cada elemento é efetuada de acordo com a escala de equivalência seguinte: requerente, peso 1; por cada indivíduo maior, peso 0,7; por cada indivíduo menor, peso: 0,5.

Em termos abstratos e *de minimis*, cada menor precisa, pelo menos, de 0,5 IAS, ou seja, para o ano de 2022, de € 254,63, a dividir por cada menor que seja credor ou a atribuir a único menor credor.

Poderemos mobilizar, entre nós, um outro instrumento legal, qual seja aquele que traduz o mínimo da prestação de sobrevivência, o qual se situa, atualmente (2024), em € 245,79, valor correspondente à *pensão social do regime não contributivo* (Portaria n.º 424/2023, de 11 de dezembro). Donde, através de uma *presunção judicial*, poderemos retirar que esse será, razoavelmente, o valor mínimo de subsistência de uma criança. Para além disto, há que ter em conta o *padrão de vida a que os filhos estão habituados* antes

<sup>4</sup> Portaria n.º 421/2023, de 11 de novembro.

da rutura da vida familiar dos progenitores, o qual deverá manter-se, na medida do que for possível, não obstante a cessação da união de facto, a separação de pessoas e bens ou o divórcio destes.

No outro ângulo problemático, a *medida das possibilidades* do devedor alicerça-se, normalmente, nos rendimentos que este obrigado aufera de forma reiterada (periodicamente ou não), designadamente os rendimentos de trabalho — como são os salários, as gratificações, subsídios de natal e férias —, os rendimentos de capital, as poupanças e rendas provenientes dos imóveis arrendado, excluindo-se as receitas esporádicas ou episódicas, temporárias e não renováveis<sup>5</sup>. Repare-se, porém, que, ao fixar a medida dos alimentos devidos a menor, o tribunal não pode limitar-se a atender ao valor atual dos rendimentos conjunturalmente auferidos pelo devedor, devendo valorar, de forma global e abrangente, a sua condição social, a sua capacidade laboral futura e todo o acervo de bens patrimoniais de que seja ou possa vir a ser detento.

<sup>5</sup> No que respeita às possibilidades do devedor, importa apurar a parcela do seu rendimento anual e subtrair o necessário para a satisfação das suas necessidades básicas. Trata-se da denominada reserva mínima de auto sobrevivência, uma espécie de rendimento livre ou isento, qual mínimo de auto sobrevivência, onde se incluem as despesas de vestuário, calçado, custos atinentes à nova habitação, deslocação para o trabalho, tempos livres, etc., nelas não se incluindo as despesas supérfluas ou extravagantes, quantia essa a deduzir ao rendimento global desse progenitor — cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007. p. 196.

## 5.Os ex-cônjuges

O fundamento último, ético e jurídico, da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges encontra-se num princípio de solidariedade pós-conjugal. Não se pode, com efeito, tratar os ex-cônjuges como se nunca houvessem sido casados, pois o divórcio não pode apagar o passado nem obstar ao desenvolvimento atual de determinadas consequências do matrimónio.

A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges desfruta de uma natureza sobretudo alimentar, não interferindo quaisquer notas de culpa. De resto, fica, igualmente, afastada qualquer carácter indemnizatório do direito a alimentos. A obrigação alimentar entre ex-cônjuges alicerça-se na necessidade do alimentando/possibilidades do alimentante, sendo afastadas as ultrapassadas considerações de merecimento ou desmerecimento que estariam traduzidas na declaração de culpa no divórcio.

Vale isto por dizer que cada ex-cônjuge deve prover à sua subsistência, nesse sentido a obrigação de alimentos assume-se como excecional e necessariamente transitória, com decorrentes implicações no seu conteúdo, mais restrito, inexistindo o direito a exigir a manutenção de um padrão de vida de que beneficiava na pendência do casamento<sup>6</sup>. O dever de alimentos deve durar durante um curto período.

<sup>6</sup> PAULA TÁVORA VÍTOR, “Os alimentos pós-divórcio — Entre a solidariedade e a responsabilidade”, in *JULGAR* (2020), n.º 40, p. 181 ss., disponível no seguinte endereço eletrónico: <https://julgar.pt/os-alimentos-pos-divorcio-entre-a-solidariedade-e-a-responsabilidade/>

do transitório que se revele necessário para adaptação do ex-cônjuge mais necessitado a uma vida economicamente independente, sendo sua, a responsabilidade de prover ao seu sustento, afastando expectativas de perpetuidade.

## **6.Cessação da obrigação alimentar geral**

O direito a alimentos do filho maior não cessa, automaticamente, apenas pelo facto de o mesmo não ter ultimado a sua formação profissional. Na verdade, este dever de prestação de alimentos de ascendentes em relação aos seus descendentes ou dos pais aos filhos, não cessa com a maioridade destes, na medida em que a obrigação de prestação de alimentos poderá manter-se no caso previsto no artigo 1880. , do CC [Despesas com os filhos maiores ou emancipados]<sup>7</sup>, como, mesmo fora deste caso, durante toda a vida, sempre e na medida em que essa prestação de alimentos se justifique. Aliás, a recíproca obrigação geral de alimentos, que se devem ascendentes e descendentes, só termina   data da morte, pois destina-se   conservação da vida.

<sup>7</sup> Este art. 1880.  do CC dispõe o seguinte: “Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-  a obrigação a que se refere o número anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete”. Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, in *Código Civil Anotado*, coord. de CLARA SOTTOMAYOR, 2.  ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 863-870 (anotação ao art. 1880.é).

Dado que os pais são responsáveis pelo crescimento e desenvolvimento dos filhos, velando pela sua educação (artigo 1878.º, n.º 1, do mesmo Código), bem se compreende que esta obrigação não deva extinguir-se, de modo abrupto, quando os filhos completam os 18 anos — para mais quando, em Portugal, ocorreu o abaixamento da idade em que se atinge a maioridade e se alargou o período de escolaridade. Ao invés, esta obrigação legal deve prolongar-se para além do termo da menoridade, por forma a que o filho complete a sua formação profissional e desde que seja razoável exigir dos pais a continuação dessas despesas.

Reconheceu-se, assim, naquele art. 1880.º do CC que, mercê da evolução social, é cada vez mais frequente que, ao atingir a maioridade, o filho não esteja em condições de garantir a sua independência financeira, permanecendo a cargo dos progenitores. Logo, a extensão da obrigação dos pais para além da maioridade dos filhos é o que mais se coaduna com a sociedade portuguesa, em que os filhos maiores vivem com os pais e geralmente não trabalham enquanto prosseguem os estudos e ultimam a sua formação educativa dirigida a uma futura colocação profissional.

Com efeito, tal direito a alimentos apenas deverá cessar se a não ultimação da respetiva formação profissional se ficar a dever a culpa grave sua. Esta circunstância deve aferir-se de acordo com um critério que assenta na normalidade e razoabilidade, aferidas nomeadamente em função de condições subjetivas do filho maior, e objetivas deste e dos seus pais. Cremos que este critério, relativamente ao filho maior, se relaciona com a existência de um comportamento especialmente censurável por parte deste que esteja na origem da não conclusão da sua formação profissional, de modo a que,

nas concretas circunstâncias do caso, se revele injustificado exigir dos pais a continuação da contribuição alimentícia<sup>8</sup>. Saliente-se, no mais, que cabe ao progenitor / devedor de alimentos fazer a prova de que a falta de aproveitamento do seu filho se deveu a comportamento censurável deste, em termos de cumprimento das obrigações escolares.

## **7. A fixação da obrigação de alimentos devidos a menores, mesmo que o progenitor/obrigado não demonstre a impossibilidade de os prestar (v.g., por ausência em parte incerta ou falta de contestação) ou esteja desempregado**

É inerente ao exercício das responsabilidades parentais o dever dos pais de proverem à manutenção dos seus filhos, devendo as *pensões de alimentos* traduzir, sobretudo, as ne-

<sup>8</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português já decidiu, recentemente, que “[E]stando o filho, aquando do atingimento da maioridade, inscrito num curso técnico superior profissional e tendo deixado de frequentar as aulas e de ter aproveitamento escolar por o progenitor ter deixado de contribuir com qualquer importância para o sustento e educação do filho (que residia com a mãe que não tinha possibilidades económicas para suportar essa formação), não pode concluir-se que a ultimização da formação profissional se tivesse ficado a dever a culpa grave do filho. Daí que recaia sobre o progenitor — com possibilidades financeiras para tal — a obrigação de continuar a prestar ao filho uma contribuição mensal adequada a que o filho continue a sua formação e até que mesma se ultime” — cfr. acórdão (ac.) do Supremo Tribunal de Justiça, de 6/07/2023 (FERNANDO BAPTISTA), proc. n.º 108/17.3T8VCD-G.P3.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

cessidades dos menores (em regra, não conviventes), sendo o seu *quantum* fixado, não tanto em função dos meios de que o progenitor devedor dos alimentos dispõe, mas daqueles que, por ter capacidade para o trabalho, exibem possibilidade de dispor, cabendo-lhe diligenciar por ele e pela obtenção dos proventos que dele advêm.

Deste modo, não havendo notícias acerca do paradeiro do progenitor obrigado a alimentos, nem sendo conhecidas as suas possibilidades económicas — exceto nos casos em que o devedor se encontra numa situação de total incapacidade, permanente e involuntária, nomeadamente a decorrente de doença grave<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ac. da Relação de Coimbra, de 26/01/2016 (ARLINDO OLIVEIRA), proc. n.º 239/12.6TMCBR.C2, in <http://www.dgsi.pt>; ac. Relação do Porto, de 11/12/2012, proc. n.º ], mas já não de desemprego ou situação voluntária decorrente do cumprimento de pena privativa da liberdade [entre outros, ac. Relação de Guimarães, de 4/06/2020 (RAMOS LOPES), proc. n.º 3928/18.8T8VCT-A.G1, loc. cit.], é incapaz de angariar rendimentos próprios provenientes do trabalho, e não possui quaisquer outros, na sua disponibilidade, que possam ser afetos às necessidades dos carentes credores filhos —, a doutrina e a jurisprudência portuguesas maioritárias tendem (com base em juízos de prognose e *presunções naturais*, de acordo com os quais o progenitor inadimplente, de que se não conhece rendimentos, deterá seguramente um *patamar mínimo de rendimento*) a fixar a pensão de alimentos com base no critério quantitativo que toma como montante presumido dos rendimentos do obrigado (*capacidade contributiva do devedor*) o valor equivalente ao *salário mínimo nacional* vigente na data do encerramento da discussão, o *indexante de apoios sociais* ou, no mínimo, ao *rendimento social de inserção* (para o ano de 2022 o valor de referência corresponde à soma dos seguintes valores: 189,66 euros, por titu-

lar; 132,76 euros, pelos restantes adultos; 94,83 euros, por cada criança ou jovem menor de 18 anos) — cfr., entre muitos outros, ac. Relação de Lisboa, de 23/11/2000 (FERREIRA DE ALMEIDA), proc. n.º 0074948, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); ac. RL, de 23/10/2003, in *Colectânea de Jurisprudência* (2003), tomo IV pp. 117-120; ac. Relação do Porto, de 22/04/2004 (OLIVEIRA VASCONCELOS), proc. n.º 0432181, in <http://www.dgsi.pt>; ac. Relação de Lisboa, de 13/10/2005 (FERREIRA LOPES), proc. n.º 6890/2005-6, loc. cit.; ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 8/05/2013 (LOPES DO REGO), proc. n.º 1015/11.9 TMPRT.P1.S1, loc. cit. (ressalvando a hipótese de poderem ser conhecidos responsáveis subsidiários do obrigado a alimentos); ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 22/05/2013 (GABRIEL CATARINO), proc. n.º 2485/10.8TBGMR.G1.S1, loc. cit.; ac. Relação de Lisboa, de 21/06/2011 (PINTO DOS SANTOS), proc. n.º 1438/08.0TMPRT.P1; ac. Relação do Porto, de 29/01/2013 (HENRIQUE ARAÚJO), proc. n.º 2424/09.9TMPRT-A.P1; ac. Relação de Guimarães (ANTERO VEIGA), de 03/03/2011, proc. 153/08.0TMBRG.G1, loc. cit.; ac. Relação de Coimbra, de 12/03/2013 (MOREIRA DO CARMO), proc. n.º 648/12.0TBTNV-A.C1, loc. cit.; ac. Relação de Guimarães, de 11/07/2013 (RITA ROMEIRA), proc. n.º 3621/12.5TBGMR.G1, loc. cit.; ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 19/03/2015 (FERNANDA ISABEL PEREIRA), proc. n.º 52/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A; ac. Relação de Coimbra, de 24/03/2015 (JORGE ARCANJO), proc. n.º 1014/08.8TMCBR-M.C1, loc. cit.; ac. Relação de Lisboa, de 9/12/2015 (ILÍDIO SACARRÃO), proc. n.º 5722-15.9T8SNT.L1-8; ac. Relação de Lisboa, de 5/04/2016 (JOÃO RAMOS DE SOUSA), proc. n.º 1343/12.6TCLRS-A.L1-1; ac. Relação de Lisboa, de 26/09/2017 (CARLA CÂMARA), proc. n.º 12594/10.8T2SNT-B-7; ac. Relação de Lisboa, de 16/11/2017 (ARLINDO CRUA), proc. n.º 1301/15.9T8PDL-C.L1-2, loc. cit.; ac. Relação de Guimarães, de 4/06/2020 (RAMOS LOPES), proc. n.º ; ac. Relação de Guimarães, de 17/03/2022 (MARIA EUGÉNIA PEDRO), proc. n.º 1598/21.5T8VCT.G1, loc. cit.; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas Sobre Alimentos( Devidos a Menores)*, 2.ª ed., 2007, cit., pp. 191, pp. 194-195, pp. 236-237; CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*,



## 8. A Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro

Esta lei que entrou em vigor no dia 1/10/2015, veio alterar o art. 1905.º do CC., aditando-lhe um n.º 2, passando o referido normativo a ter a seguinte redação: “1 - *Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação é recusada se o acordo não corresponder ao interesse do me-*

6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 339; MARIA AMÁLIA PEREIRA DOS SANTOS, “O Dever (Judicial) de Fixação de Alimentos a Menores”, in *Julgar online*, 2014, 1 ss., p. 27 ss., acessível no seguinte endereço eletrónico: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-dever-judicial-de-fixacao-de-alimentos-a-menores.pdf>; ANA MARTA CRESPO, “Da fixação ou não de alimentos em sede de regulação das responsabilidades parentais quando nada se sabe das possibilidades do alimentante: breve abordagem jurisprudencial”, in *Lex Familae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 11 (2009), p. 79 ss.; LILIANA PALINHA/MATILDE LAVOURAS, “Fundo de garantia dos alimentos devidos a menores”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, n.º 102 (2005), pp. 137 ss. Se, porém, uma parte da prestação do progenitor devedor de alimentos é de carácter variável (nomeadamente se foi condenado no pagamento de uma pensão de alimentos fixa e numa percentagem nas despesas médicas, medicamentosas, de saúde e escolares), o Fundo de Garantia, em substituição do progenitor, deve também suportar um valor relativo a essa parte da condenação, devendo o tribunal recorrer às regras da experiência e aos padrões de normalidade (presunções judiciais) para, à luz de *critérios de equidade*, concretizar tal valor e permitir que o mesmo seja coberto pela substituição do FGAM — neste sentido, cfr. ac. Relação de Évora, de 11/01/2018 (ELISABETE VALENTE), proc. n.º 508/13.8TBABT-A.E1, loc. cit.

*nor. 2 - Para efeitos do disposto no artigo 1880.º, entende-se que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.”*

## **9. A alteração do art. 989.º do Código de Processo Civil pela referida Lei n.º 122/2015**

*Esta alteração veio determinar o seguinte: “1 - Quando surja a necessidade de se providenciar sobre alimentos a filhos maiores ou emancipados, nos termos dos artigos 1880.º e 1905.º do Código Civil, segue-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto para os menores. 2 - Tendo havido decisão sobre alimentos a menores ou estando a correr o respetivo processo, a maioridade ou a emancipação não impedem que o mesmo se conclua e que os incidentes de alteração ou de cessação dos alimentos corram por apenso. 3 - O progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores que não podem sustentar-se a si mesmos pode exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos, nos termos dos números anteriores. 4 - O juiz pode decidir, ou os pais acordarem, que essa contribuição é entregue, no todo ou em parte, aos filhos maiores ou emancipados.”*

## 10. O novo n.º 3 do art. 989.º do Código de Processo Civil (CPC)

Passou a prever-se uma possibilidade alternativa à inércia do filho maior, permitindo ao progenitor que assume, a título principal, o encargo de suportar as despesas desse filho maior que não pode sustentar-se a possibilidade de exigir do outro progenitor a comparticipação nessas despesas, através do que designa por “*ação para a contribuição do progenitor não convivente nas despesas com a educação e formação profissional de filho maior ou emancipado*”. Reconhecimento ao progenitor de uma legitimidade processual indireta, em termos de *substituição processual*.

O progenitor requerente exerce, neste caso, um direito próprio, novo e distinto, que não é sucedâneo do direito de alimentos ao filho maior ou emancipado, conferindo-lhe *legitimidade processual* para instaurar a ação judicial correspondente (ao abrigo dos arts. 45.º a 47.º do Regime Tutelar Cível, *ex vi* do n.º 3 do art. 989.º do CPC) e a respetiva execução deverá correr por apenso.

## 11. Os meios processuais para efetivar os alimentos «educacionais» devidos ao jovem maior

Deveremos distinguir quatro situações:

- (a) Os casos em que um dos progenitores pretende a condenação do outro a pagar uma contribuição para as despesas que o primeiro suporta com o filho maior;
- (b) As situações em que é o próprio filho maior que alega a necessidade de alimentos, *não tendo sido fixados quaisquer prestações alimentícias durante a menoridade a favor desse filho*;

- (c) As hipóteses de pedido de alimentos em benefício de filhos maiores ou emancipados, aqui onde este pedido não é cumulado com outros pedidos no âmbito da mesma ação judicial ou que não constitua incidente ou dependência de ação pendente, *nem a causa de pedir tenha escopo educativo e limitação temporal*;
- (d) As hipóteses de pedido de alimentos a filhos maiores ou emancipados cumulado com outros pedidos no quadro da mesma ação judicial, ou pedido de alimentos que constituam incidente ou dependência de ação pendente (*maxime*, de divórcio, fixação de responsabilidades parentais), ou seja, *ação anterior onde tenham sido fixados alimentos durante a menoridade*.

No primeiro caso (a), aplica-se o disposto no art. 989.º do CPC, em particular o seu n.º 3, aditado pela Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro, segundo o qual “*O progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores que não podem sustentar-se a si mesmos pode exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos, nos termos dos números anteriores*”, dispondo o n.º 4 desta norma que “*O juiz pode decidir, ou os pais acordarem, que essa contribuição é entregue, no todo ou em parte, aos filhos maiores ou emancipados*”.

Vem assim daqui que a competência para apreciar e julgar este pedido pertence ao *tribunal* (em regra, a um *juízo de Família e Menores*) e não à *Conservatória do Registo Ci-*

*vil*<sup>10</sup>. Isto porque estamos, nesta eventualidade, perante uma ação especial, tendo em mira a partilha (entre os progenitores) das despesas com filhos maiores ou emancipado, a qual segue os trâmites processuais previstos nos artigos 45.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro (Regime Geral do Processo Tutelar Cível), com as devidas adaptações. Donde, não é uma ação que pressuponha um pedido de alimentos a filho maior previsto no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro.

O progenitor que, em regra, convive com o filho maior e o continua a sustentar nas condições previstas no art.º 1880.º do CC tem assim legitimidade para reclamar judicialmente do outro progenitor as quantias correspondentes à quota parte do progenitor demandado; quota parte, essa, cujo valor o progenitor convivente tem vindo e, previsivelmente, continuaria a suportar (não fora a interpelação judicial do devedor), total ou parcialmente.

Controverso é saber a que título pode atuar, se for caso disso, em nome do filho maior e mobilizar o regime dos arts. 41.º e 48.º da Lei Tutelar Cível.

A este propósito, já defendíamos, muito antes do advento da Lei n.º 122/2015, que o *direito substantivo à pensão de alimentos cabe ao filho maior* (ainda quando tenha sido judicialmente fixado ou ao acordo dos progenitores

<sup>10</sup> Entre outros, cfr. ac. Relação de Lisboa, de 23/03/2017 (EDUARDO PETERSEN SILVA), proc. n.º 2257-17.9T8LSB.L1-6, acessível em <http://www.dgsi.pt>

tenha sido então homologado)<sup>11</sup>, podendo o progenitor que continuar a sustentar o menor lançar mão do mecanismo da *sub-rogação legal*<sup>12</sup>.

Do ponto de vista processual, o título executivo que consagra o *direito substantivo alimentar* a favor do menor aproveita a este progenitor, o qual, do ponto de vista processual, desfruta de *legitimidade ativa* para instaurar a competente ação executiva (ou, antes disso, o incidente de alteração dos montantes já fixados).

Este progenitor está, destarte, autorizado a exercitar judicialmente (na execução) o seu direito ao valor da parte das pensões por ele paga a mais e este só existe no caso de se ter *sub-rogado* no direito do filho maior, através do comprovado pagamento das pensões e apenas no limite deste pagamento (artigos 589.º, 590.º, 592.º e 593.º do CC)<sup>13</sup>. Ora, tais factos devem

<sup>11</sup> Tb. ac. da RC, de 12/06/2012 (CARLOS QUERIDO), proc. n.º 21-E/1997. C1, loc. cit.

<sup>12</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas Sobre alimentos (Devidos a Menores)*, 2.º ed., 2007, cit., pp. 124-128, nota 167 ; no quadro da ação executiva, J. P. REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 112-114; mais recentemente, no mesmo sentido, GONÇALO OLIVEIRA MAGALHÃES, “A tutela (jurisdicional) do direito a alimentos dos filhos maiores que ainda não concluíram a sua formação profissional”, in *Julgar On-line* (março de 2018), pp. 13-14.

<sup>13</sup> O que traduz uma solução correspondente à *realidade material subjacente* e à *vivência entre os diferentes membros do grupo familiar* desfeito: os filhos maiores raramente intentam estas ações, seja porque não desejam incompatibilizar-se com o progenitor devedor, seja porque têm medo dele ou temem as retaliações de que ele ou o outro progenitor poderem ser alvos.

ser por esse progenitor alegados no requerimento executivo<sup>14</sup>.

E ele atua em *substituição processual* ao abrigo de uma *legitimidade substitutiva*, pois desfruta de um *interesse próprio* na tutela processual de uma situação subjetiva alheia (a do filho maior), prosseguindo uma situação subjetiva alheia no interesse próprio<sup>15</sup>. *Parte processual* é assim o substituto (o progenitor) — que age em juízo em nome próprio, ainda que baseado em direito de terceiro<sup>16</sup> — e não o substituído (o filho maior).

<sup>14</sup> Contra, entre outros, ac. da Relação de Lisboa, de 17/12/2020 (JORGE LEAL), proc. n.º 373/14.8TMPDL-B.L1-2 (com um voto de vencido do Desembargador PEDRO MARTINS), em cuja fundamentação se tende a confundir o *direito substantivo* (do progenitor, não do filho, ao abrigo do art. 989.º, n.ºs 1 e 3, do CPC) com o *direito* ou *faculdade jurídica processual* para exercer um direito do filho maior, permitindo, *sic et simpliciter*, que esse progenitor recorra aos procedimentos previstos nos artigos 41.º e 48.º da Lei tutelar Cível para reclamar o pagamento, pelo progenitor/requerido, das quantias correspondentes à data posterior à aquisição da maioridade por cada um dos filho, como que se presumindo que um progenitor pagou a parte do outro apenas porque o diz ter feito. Ora, esta ilação é claudicante, pois em algumas situações o progenitor com quem o jovem maior vive não terá condições económicas para suprir essa assistência material, sendo o filho o sujeito que sofre as privações pela falta de pagamento da pensão de alimentos devida pelo outro progenitor.

<sup>15</sup> Sobre esta categoria, cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre a legitimidade processual”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 331, p. 51 ss., p. 53 ss., pp. 56-57.

<sup>16</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A legitimidade Singular em Processo Declarativo”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 292, 1979, pp. 79-80. Em igual sentido quanto à identificação de quem é a parte processual em caso de representação e de substituição, cfr., JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceitos e Princípios Gerais*, 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, p. 82, nota 5-A.

Quer dizer: deverá ser exigida a verificação processual dos pressupostos da *sub-rogação*, os quais devem ser alegados nesse requerimento — fixando, evidentemente, o progenitor inadimplente salvo de os impugnar em sede de oposição à execução por meio de *embargos de executado* (art. 729.º, al. *g*), do CPC).

Mesmo que se entenda que o interesse moral não preenche o requisito do interesse direto exigido pelo art. 592.º do CC, a atuação desse progenitor no quadro de uma *ação executiva* passará pelo recurso às normas dos seus arts. 477.º (enriquecimento sem causa) ou 472.º (gestão de negócios), ou, inclusivamente, entender que aquele interesse direto resulta das normas do art. 2010.º, n.º 2, do CC, quando os pressupostos daquelas se verificarem<sup>17</sup>.

Aliás, prevendo o art. 989.º, n.ºs 1 e 2, do CPC a adaptação do regime previsto para os menores em caso de necessidade de se providenciar sobre alimentos a filhos maiores, nos termos dos arts. 1880.º e 1905.º do CC, daqui também decorre a *legitimidade ativa* do progenitor (em termos de *legitimidade indireta*, na vertente de *legitimidade substitutiva* ou em *substituição processual*) para intentar o *incidente de incumprimento* relativo às prestações de alimentos devidas e não pagas, quer enquanto o filho for menor, quer enquanto maior, inclusivamente para formular a ampliação

<sup>17</sup> MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, in *Código Civil Anotado*, vol. IV, *Direito da Família*, coord. de CLARA SOTTOMAYOR, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 1081-1082; RUTE TEIXEIRA PEDRO, in *Código Civil Anotado*, vol. II, coord. de ANA PRATA, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 917-918.



do pedido na qual estavam contempladas as prestações de alimentos devidas<sup>18</sup>.

Boas e justas razões alicerçam esta solução legislativa: superar, por uma outra via, o temor fundado dos filhos maiores, sobretudo em contextos de violência doméstica. Neste tipo de situações, os filhos maiores não intentam, em regra, a ação (ou execução) de alimentos ou o incidente de incumprimento de alimentos anteriormente fixados quando eram menores.

No segundo caso **(b)**, é aplicável o procedimento especial previsto e regulado nos artigos 5.º a 10.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, devendo o pedido ser apresentado na Conservatória do Registo Civil, a fim de ser tentada a possibilidade de *autocomposição* entre o jovem maior e o progenitor; se o progenitor juntar apresentar oposição, o processo será enviado ao Tribunal, *in casu*, ao Juízo de Família e Menores com jurisdição na área da Conservatória, devendo o Conservador instruir os autos com

<sup>18</sup> Cfr. o ac. da Relação de Lisboa de 20/09/2018 (TERESA PARDAL), proc. n.º 4345/15.7 T8LRS-A.L1-6, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); e ac. da Relação de Lisboa, de 24/10/2019 (CARLA MENDES), proc. n.º 238/17.1T8SXL. L1-8, loc. cit. (com base no mecanismo da sub-rogação legal previsto no art. 592.º/1 do CC); ac. da Relação do Porto, de 11/05/2021 (JOÃO DIOGO RODRIGUES), proc. n.º 108/17.3T8VCD-G.P2 (considerando que o progenitor com quem o jovem maior reside “pode exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos .. Isto é, segundo o regime previsto para os menores, o que pode traduzir-se no estabelecimento de uma nova prestação alimentar, na alteração da prestação já fixada ou na cobrança coerciva de qualquer delas”).

os elementos probatórios que, entretanto, dispuser. Com o que, na falta de formação de acordo, iniciar-se-á o processo de jurisdição voluntária previsto no artigo 989.º, n.º 1, do CPC, caso não exista ou não seja viável a obtenção de acordo;

No terceiro caso (c), a competência para a apreciação do pedido de alimentos a filhos maiores ou emancipados *sem escopo educativo e sem limite temporal* efetuada ao abrigo do art. 2003.º e ss. do CC é dos tribunais judiciais, em particular, dos *juízos cíveis* — em rigor, *juízos locais cíveis* (ou de competência genérica) ou *juízos centrais cíveis*: arts. 117.º, n.º 1, e 130.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (em atenção ao valor da concreta causa) e o pedido segue a *forma de processo comum* regulada nos artigos 552.º e seguintes do CPC<sup>19</sup>.

De resto, esta via processual deve ser mobilizada *mesmo nas situações em que não exista processo ainda a correr termos, no momento em que acontece a maioridade ou a emancipação do alimentando menor*.

Na quarta hipótese acima postulada (d), a competência para apreciar e julgar esta pretensão alimentar cabe ao juízo de competência especializada (em regra de família e menores) onde tenha sido fixada (ou homologada) a pensão de alimentos durante a menoridade, mesmo nos casos em que essa homologação tenha sido feita na Conservatória no quadro de um divórcio ou separação de pessoas e bens por

<sup>19</sup> Em sentido análogo, ac. da Relação de Évora, de 9/03/2017 (ALBERTINA PEDROSO), proc. n.º 26/12.1TBPTG-D.E1, loc. cit.

mútuo consentimento (e, igualmente, nos casos em que tenha sido declarada a cessação da obrigação alimentar com o termo da menoridade antes da entrada em vigor da Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro).

Cura-se de uma providência que corre por apenso ao processo de regulação, se este existir (parte final do n.º 3 do art. 989.º do CPC)<sup>20</sup>, podendo o progenitor produzir prova sobre a *irrazoabilidade* da respetiva exigência, nos termos do mesmo art.º 1905.º n.º 2, *in fine*, CC.

Nestas eventualidades, parece que a *sentença* que tenha fixado a prestação de alimentos a prestar enquanto ainda era menor constitui *título executivo* para o jovem maior deduza execução especial por alimentos a fim de cobrar coercivamente as prestações em dívida<sup>21</sup> (bem como as vincendas).

*Se o filho maior pretender ver alterado o montante da prestação de alimentos anteriormente fixada* deverá deduzir incidente de alteração, o qual é tramitado por apenso ao processo de regulação das responsabilidades parentais.

Se o progenitor que assumir, a título principal, o encargo de pagar as despesas do filho maior — e que pretenda ver alterado o montante da prestação de alimentos anteriormente fixada — deverá deduzir incidente de alteração,

<sup>20</sup> Já assim o defendíamos no quadro regime legal anterior à Lei n.º 122/2015 — J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos*, 2.ª ed., cit., 2007, p. 370.

<sup>21</sup> Já, neste sentido, o ac. da Relação do Porto, de 21/12/2017 (MARIA DE DEUS CORREIA), proc. n.º 3265/10.6TBCSC.1.L1-6, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

o qual é também tramitado por apenso ao processo de regulação das responsabilidades parentais (art. 989.º, n.º 2, do CPC, *ex vi* do n.º 3 deste artigo)<sup>22</sup>.

## **12. A intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores (até aos 25 anos, se o jovem maior desejar terminar formação académica ou profissional) — Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio — com início de vigência em 23 de Junho de 2017**

Um tema importante abordado pelo artigo em anotação é, sem dúvida, a *prestação de pensão alimentícia aos filhos*, por parte dos pais ou das pessoas que têm a criança a seu cargo. A *Convenção sobre os Direitos da Criança*<sup>23</sup> determina que os Estados Contratantes tomem medidas adequadas para garantir o cumprimento desta obrigação, quer o devedor esteja no mesmo país ou noutro, recomendando a celebração de tratados internacionais ou a adesão àqueles já existentes, para a consecução deste fim.

Quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos a menor residente em território nacional não satisfizer as quantias em dívida pelas formas previstas no art.º

<sup>22</sup> Ac. da Relação de Évora, de 9/03/2017 (ALBERTINA PEDROSO), proc. n.º 26/12.1TBPTG-D.E1, loc. cit.

<sup>23</sup> Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990 (Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro).

48.º da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro (que aprova o *Regime Geral do Processo Tutelar Cível*), e o alimentado não tenha rendimento líquido superior ao valor do *indexante dos apoios sociais* (IAS), nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, o Estado assegura as prestações previstas na Lei n.º 75/98, de 19 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2013) e na Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, até ao início do efetivo cumprimento da obrigação. Ao Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., através do *Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores* (FGADM), cabe o encargo de assegurar o pagamento dos alimentos<sup>24</sup>.

A partir do advento da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio (com início de vigência em 23/06/2017), este *Fundo de Garantia* já pode ser acionado em caso de incumprimento de obrigação de alimentos devida a filhos maiores (até aos 25 anos), se e quando estes careçam de alimentos para completar a sua formação profissional. E isto parece ser assim, em termos de *sucessão de leis no tempo*, ainda quando o menor tenha atingido a maioridade *antes* da entrada em vigor da lei<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas Notas de Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.ª ed., 2007, cit., p. 233 ss.; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 369-372; MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, anotação ao art. 2004.º do Código Civil, in CLARA SOTTOMAYOR (org.), *Código Civil Anotado*, Livro IV, *Direito da Família*, 2.ª ed., 2022, cit., p. 1073.

<sup>25</sup> Assim, ac. Relação de Évora, de 25/01/2018 (ELISABETE VALENTE), proc. n.º 161/07.8TBBJA-F.E1, loc. cit.

### 13. As garantias da obrigação de alimentos e o seu cumprimento coercitivo

Surpreendemos vários meios jurídicos (e judiciários) de garantir o cumprimento efetivo da obrigação de alimentos, quer seja a devida a menores quer seja a exigível por outros familiares. Vejamos sumariamente.

Temos a hipoteca legal (art. 705.º, alínea *d*), do CC), bem como a hipoteca judicial decorrente de sentença condenatória (art. 710.º, n.º 1, do CC); e, outrossim, o privilégio mobiliário geral relativo a móveis (art. 737.º, n.º 1, alínea *b*), do CC).

O art. 48.º do Regime Tutelar Cível aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, prevê um *procedimento executivo especialíssimo*. O credor pode, de igual sorte, mobilizar o a execução especial por alimentos prevista no art. 933.º ss. do CPC.

Por fim, temos ainda a possibilidade usar a tutela cautelar, no caso, a providência cautelar de alimentos provisórios: art. 384.º a 387.º do CPC, bem como a fixação oficiosa ou sob requerimento de alguma das partes de um *regime provisório* quanto à regulação de do exercício de responsabilidades parentais (e, logo, de alimentos) na pendência de ação de divórcio sem o consentimento (art. 931.º, n.º 7, do CPC).





















# Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho

Professor Associado

Faculdade de Direito Universidade de Coimbra

## UNIÃO DE FACTO (EM PORTUGAL) E “*UNIÓN DE HECHO AFECTIVA*” (EM CUBA): OBSERVAÇÕES BREVES

Propomo-nos, no presente texto — que corresponde, no essencial, à curta intervenção que fizemos no “Encontro Luso-Cubano — A propósito do novo Código de Famílias Cubano”, o qual teve lugar, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 18 de Junho do corrente ano de 2024 —, traçar um quadro geral do regime português da união de facto, confrontando-o com o regime da união de facto (“*unión de hecho afectiva*”) instituído pelo Código das Famílias de Cuba (tal como o entendemos após uma sua leitura sumária, e penitenciando-nos por algum eventual défice de entendimento da nossa parte...).

1. Uma primeira diferença entre os regimes português e cubano tem natureza puramente formal ou sistemática: entre nós, a união de facto é regulada num *diploma específico* (a Lei 7/2001, de 11 de Maio, ainda que este diploma

haja sido posteriormente alterado, aliás significativamente, pela Lei 23/2010, de 30 de Agosto, para lá de outras alterações pontuais)<sup>1</sup>; em Cuba, diversamente, a união de facto é regulada *dentro do Código das Famílias*. Diferença esta, naturalmente, desprovida de qualquer significado relevante: ainda que porventura a regulação da união de facto em diploma próprio pudesse ser lida como uma manifestação da ideia de que a união de facto *não seria verdadeiramente uma relação “de família”* e portanto *não mereceria* ser tratada no âmbito do “Direito da Família” — posição que, de resto, encontrou algum eco na doutrina familiarística nacional e corresponderia até a um *primeiro estágio* na história do progressivo reconhecimento jurídico da união de facto —, o que é certo é que, *hoje*, se deve considerar a união de facto como uma *indiscutível* relação familiar, porquanto tratada e regulada *materialmente* como relação familiar, no preciso sentido de que os *efeitos jurídicos* que lhe são associados apresentam, materialmente, indiscutível natureza “familiar” ou “familiarística”. Repetimos, pois: a localiza-

<sup>1</sup> Tal não significa, todavia, que *todo* o regime e efeitos da união de facto estejam contidos nesse diploma: há específicos efeitos da união de facto, de resto com assinalável importância prática, que se acham localizados em *outros* diplomas, como o próprio Código Civil — assim p. ex. o art. 2020º do Código Civil, que confere ao unido de facto sobrevivo um “direito de exigir alimentos da herança do [unido de facto] falecido” (este, aliás, um dos primeiros textos legislativos em que o direito português se abriu ao reconhecimento jurídico da união de facto, ao menos ao reconhecimento de consequências jurídicas “protetivas” similares a mecanismos “protetivos” já existentes para o casamento).

ção sistemática do regime da união de facto em diploma próprio (como sucede entre nós) ou no quadro do “Direito da(s) Família(s)” (como sucede em Cuba) traduz uma opção puramente formal, sem qualquer relevo significativo.

2. Já no plano *material* os regimes jurídicos da união de facto, num e noutro países, justificam uma atenção mais cuidada.

Cremos serem dois os traços mais significativos do regime português da união de facto.

Por um lado, o nosso sistema é claramente um *sistema fáctico*. Quer isto dizer que a união de facto é definida apenas como o *puro facto* da convivência de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges <sup>2</sup>. Há sistemas diversos — diríamos, sistemas *declarativos*, normalmente *formais*, sobretudo *registais* (a designada “união civil registada”) —, em que a união assenta numa espécie de contrato inicial, ou pelo menos num ato declarativo ou *indicativo* inicial, que a lei normalmente sujeita a determinada *forma* (ainda que esta possa ser tida como formalidade probatória, uma prova pré-constituída), consistindo essa forma normalmente num ato de *registo* ou de inscrição registal, e sendo essa forma *condição* para que a união seja reconhecida jurídica-

<sup>2</sup> V. o art. 1º, nº 2, da Lei da União de Facto, o qual se reporta à “situação de duas pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges” — e sabendo-se que semelhante vivência “em condições análogas às dos cônjuges” se traduz, muito exatamente, na existência de uma “comunhão de leito, mesa e habitação” (esta uma formulação há muito estabelecida), e isto em termos de “unidade” ou “exclusividade”.



mente e se torne portanto apta a produzir os efeitos correspondentes. Mas o nosso sistema é, como dissemos, um sistema puramente fáctico.

Isto por um lado. Por outro lado — e é este um segundo traço significativo do nosso regime da união de facto —, são efetivamente *poucos* os efeitos que a lei portuguesa associa à união de facto, pelo menos de modo *explícito*, efeitos esses aliás que fundamentalmente se produzem quando e em resultado da *cessação* da união de facto, sobretudo da sua cessação *por morte* de um dos conviventes, e que visam atender a determinadas *necessidades específicas* do convivente sobrevivente. Um quadro aparentemente limitado de efeitos, portanto.

3. Consideremos, em primeiro lugar, a natureza puramente fáctica da união de facto, tal como esta se acha instituída entre nós — e confrontemo-la com o sistema cubano de “*unión de hecho afectiva*”.

Em Portugal, o carácter fáctico da união de facto significa certamente, como já observámos, que a união de facto é assim *definida* ou caracterizada. Mas tal carácter significa igualmente que, efetivamente, e em princípio, *basta a verificação desse facto* para se produzirem as consequências jurídicas que a lei associa à união de facto.

É certo que esse facto que é a união de facto tem de ser *provado* — mas a nossa lei, justamente, não impõe qualquer formalidade probatória pré-constituída, proclamando, bem pelo contrário, a regra segundo a qual a união de facto pode



ser provada por qualquer meio <sup>3</sup>. É certo, também, que a lei pode *moldar os termos em que esse facto se deve verificar* para que aquelas consequências se possam produzir — sucede assim entre nós, como é sabido, com a exigência de duração de pelo menos 2 anos da referida convivência. Tal como é certo, ainda, que a lei pode estabelecer *circunstâncias* diversas *que impedem a eficácia* da união de facto — como sucede com os factos impeditivos dessa eficácia constantes do art. 2º da nossa Lei da União de Facto, factos esses coincidentes, no essencial, com os correspondentes aos denominados impedimentos dirimentes matrimoniais. Mas tais condições de eficácia não contrariam, repetimos, essa marca fundamental do nosso sistema que é a de constituir um sistema *fáctico*, não um sistema declarativo, formal ou registal.

Quanto ao sistema *cubano*, parece-nos ser *também* um sistema *fundamentalmente fáctico* — aliás, a lei fala-nos desse quadro fáctico que é a existência de um *projeto de vida em comum partilhado por duas pessoas de modo singular, estável e notório* <sup>4</sup>. É verdade — dir-se-á — que há aqui a necessidade de *formalização* e de *publicitação* (pelo registo) para a sua eficácia. Mas, se bem percebemos, a instrumentação notarial (por “*acta de notoriedad*”) imposta pelo art. 309º — a qual pode aliás ser suprida por reconhecimento judicial (art. 313º) — não é bem a *forma* de um acordo de vontades que é firmado *agora* para valer *subsequentemente*,

<sup>3</sup> Princípio, este, explicitado no nº 1 do art. 2º-A da Lei da União de Facto.

<sup>4</sup> Nos termos do art. 306º do Código das Famílias.

mas constitui *apenas um meio de prova*, muito exatamente, a *formalização da prova (já feita)* de uma união de facto *que já existe*, porquanto (ex 309º) a dita instrumentação notarial ou o tal reconhecimento judicial *pressupõem a prova, já feita aliás por qualquer meio*, de uma união de facto que, repetimos, já existe <sup>5</sup>. Temos portanto ainda um sistema fáctico, mas com *exigências probatórias mais rigorosas* que as estabelecidas no direito português: a união de facto não deixa de ser um (puro) “facto”, mas *só pode ser invocada* (para produzir os efeitos próprios) com base na *prova* resultante ou constante de instrumento notarial ou reconhecimento judicial.

Ainda em relação aos elementos do conceito e às condições de eficácia da união de facto, acrescentamos duas observações mais, que julgamos justificarem-se.

Em primeiro lugar, podemos registar uma aparente diferença em face do nosso regime: de acordo com o regime estabelecido nos arts. 306º e 308º, nº 1, al. e), do Código das Famílias de Cuba, exige-se a *notoriedade* da união de facto, ou seja, um “comportamento frente a terceiras pessoas como uma *“pareja”* com vínculos jurídico-familiares”. Conquanto não seja este o local próprio para tecer qualquer comentário crítico a tal exigência de “notoriedade” — não é esse o propósito primeiro deste apontamento —,

<sup>5</sup> Nem sequer se tratará, pois, daquilo que nós designamos de formalidade *ad probationem* — ou seja, uma formalidade “exigida apenas para prova da declaração” (estes os termos usados no art. 364º, nº 2, do Código Civil português), representando pois, nessa medida, uma prova “pré-constituída.”

sempre exprimiremos alguma dificuldade em compreender essa exigência, sabendo-se que podem existir uniões mais ou menos “discretas”... Julgamos tão-somente que, para a produção das consequências jurídicas associadas à união de facto, *não deve ser relevante* qualquer “notoriedade”, que *nada acrescenta* ao quadro fáctico que — razoavelmente — deve relevar para tais efeitos.

Em segundo lugar, em ambos os ordenamentos jurídicos — português e cubano — se exige a duração mínima de 2 anos para o reconhecimento jurídico da união de facto. Não deixamos, a este propósito, de lançar aqui a nossa sugestão no sentido de um possível *encurtamento* desse tempo de duração da convivência — os atuais 2 anos talvez sejam demasiado tempo (há casamentos que não duram tanto...), pelo que talvez essa duração mínima, que se compreende que deva existir, devesse ser reduzida... E acrescentamos ainda que a exigência do referido tempo de duração não significa que não possam suscitar-se, como efetivamente se suscitam em Portugal, particulares problemas quanto ao *modo exato de contagem* desse tempo. Assim, p. ex., vem sendo entendimento maioritário, na jurisprudência portuguesa, que ao tempo de duração de uma união de facto pode ser somado o tempo (anterior) em que os companheiros se encontravam casados, quando naturalmente os cônjuges, após o seu divórcio e apesar deste, mantiveram a sua normal comunhão de vida, sem qualquer hiato ou inter-

rupção<sup>6</sup>. Como vem sendo igualmente entendimento dominante da jurisprudência nacional<sup>7</sup> que, quando um dos membros da união de facto (união que já dura há mais de 2 anos) *era casado* ao tempo da união de facto (era casado, naturalmente, com *outra* pessoa que não o outro membro da união de facto) *mas o casamento só se dissolveu há menos de 2 anos*, a sua união de facto, cuja “regularidade” tem efetivamente menos de 2 anos, pode, apesar de tal circunstância, ser *agora* juridicamente *reconhecida* — por outras palavras, a ausência de “impedimentos” não tem de se verificar durante *todo o tempo* de união de facto, bastando que o seja *no momento* do reconhecimento desta.

Por último, e ainda em relação a este primeiro traço característico do sistema português — o de constituir um sistema fáctico, marca que, como vimos, afinal comunga, no essencial, com o sistema cubano de “*unión de hecho afectiva*” —, seja-nos permitida uma reflexão conclusiva no sentido da afirmação da plena razoabilidade, no nosso juízo, de tal carácter fáctico. Julgamos, efetivamente, que a natureza exclusivamente fáctica da união de facto *deve ser mantida*: a imposição de um ato declarativo e de uma formalidade registal inicial *colidiria com a natureza própria, essencialmente fáctica, da união*; por outro lado, mesmo que tal formalidade tivesse um propósito puramente probató-

<sup>6</sup> V. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Julho de 2020 (Fonseca da Paz).

<sup>7</sup> V. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2013 (Fonseca Ramos).

rio *não deixaria de constituir uma exigência excessiva*, não se descobrindo razões que nos levem a romper com o princípio da admissibilidade de qualquer meio de prova; além do mais, a imposição dessa declaração ou indicação inicial criaria uma *diferença* entre as uniões registadas, que produziriam os efeitos respetivos, e as uniões não registadas, em princípio não reconhecidas juridicamente e por conseguinte inaptas para a produção de qualquer efeito, *sem que se pudesse ver qual o fundamento dessa diferenciação* — uma diferenciação extensíssima no plano dos efeitos para realidades quase idênticas no plano da sua constituição —; aliás, a existir essa união civil registada, ela acabaria por representar uma espécie de casamento de segunda ordem (também com um ato declarativo inicial, também com uma qualquer formalidade inicial) — uma espécie de casamento, sem que se percebesse afinal porquê então essa diferenciação entre o casamento propriamente dito e esse quase casamento que seria essa união registada —; e por último, e em conclusão, cremos que um sistema fáctico como o atual é aquele que, afinal, coloca a união de facto no lugar que é o seu — uma realidade fáctica, ainda que produtora de efeitos jurídicos (aquilo que nós designamos de simples facto jurídico).

4. Um segundo traço significativo do nosso regime da união de facto reside, como dissemos, na circunstância de serem efetivamente *escassos* os efeitos que a lei portuguesa associa à união de facto, pelo menos de modo *explícito*, efeitos esses aliás que fundamentalmente se produzem quando e em resultado da *cessação* da união de facto, sobretudo da sua cessação *por morte* de um dos conviventes, e que visam atender a determinadas *necessidades específicas* do convivente sobrevivente.

Naturalmente que, entre nós — supomos nem ser necessário dizê-lo —, *não* podem produzir-se os efeitos *centrais* (os efeitos, diríamos, *negociais*) do casamento. Na realidade, a união de facto, sendo um puro facto, não constitui um “negócio jurídico” (um contrato) como sucede com o casamento, e por conseguinte, ao contrário do *contrato* de casamento, *não* se analisa em *declarações negociais tendentes à produção de determinados efeitos*. A união de facto não faz, pois, surgir os *deveres* jurídicos *personais* do art. 1672º do Código Civil (deveres, que a lei impõe aos cônjuges, de respeito, fidelidade, cooperação, coabitação e assistência), porquanto tais deveres representam precisamente o núcleo dos efeitos pessoais visados pelos nubentes — dos efeitos *negociais* pessoais do casamento. E isto que dizemos em relação aos efeitos *personais* centrais (negociais) do casamento valerá, de igual forma, para os seus efeitos *patrimoniais* centrais (o núcleo central das consequências *patrimoniais* do casamento, ao qual se dirige a vontade comum dos nubentes). Também estes, com efeito, *não* poderão aplicar-se à união de facto — a esse *puro facto* que é a união de facto. E, não se aplicando então à união de facto o referido corpo central dos efeitos, *personais e patrimoniais*, predispostos para o casamento, diremos nesta sequência que, para a generalidade dos efeitos, tudo se passará como se os unidos fossem... duas “pessoas comuns”, pelo que valerão aqui, tão simplesmente, *as regras gerais do direito* (das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, etc.). A nossa lei *só* estabelece regras *específicas* para a união de facto, como já fomos adiantando, em relação a efeitos puramente *laterais* (não “centrais”), normalmente de carácter *patrimonial* e sobretudo no momento e em razão da *cessação* da união de facto.

Diga-se, desde já, que não é este o modelo cubano da “*unión de hecho afectiva*”.

Por um lado, no plano dos efeitos *pessoais* parece-nos haver uma substancial *equiparação* do casamento à união de facto. Efetivamente, nos termos do art. 321º do Código das Famílias, a união de facto tem efeitos pessoais bem mais extensos e significativos que entre nós — tem verdadeiros *efeitos negociais*, como são os deveres de “assistência, solidariedade, lealdade, consideração e respeito”.

Por outro lado, no plano dos efeitos patrimoniais — dos efeitos que se produzem *na vigência* da relação de convivência —, a verdade é que acaba por haver alguma *similitude* entre os nossos ordenamentos. Na realidade, em *ambos* os regimes vale um princípio de *autonomia*, no sentido de que os membros da união de facto têm *liberdade* para estipular convencionalmente as regras por que se vai balizar o seu relacionamento patrimonial: no sistema português tal princípio não se acha explicitamente formulado, mas é óbvio que tal solução resultará das regras gerais, aceitando-se em geral que os companheiros possam celebrar, no início da sua relação convivencial, um qualquer contrato com esse propósito e conteúdo (contrato normalmente designado de “contrato de coabitação”); já nos quadros do direito familiar cubano é expressamente consagrado tal princípio nos arts. 310º e 322º, que explicitamente se referem aos “*pactos de convivencia*” e ao seu conteúdo possível. E, de igual forma, e nesta sequência, em *ambos* os regimes *não* se estabelece um qualquer *regime de bens supletivo* — ao menos nos termos em que um regime supletivo é fixado para o casamento —, o que evidentemente significa que os bens dos membros da união de facto, adquiridos, onerosa ou gratuitamente,



antes ou depois do início da relação convivencial, por um ou por ambos, terão o estatuto jurídico real *que resultaria da simples aplicação das regras gerais*. Sendo tudo isto certo, é também verdade, todavia, que o ordenamento jurídico cubano acaba por realizar uma *aproximação* ao regime do casamento, neste plano dos efeitos patrimoniais da união de facto, *com um alcance superior* ao que se acha explicitado no direito português — estabelecendo, designadamente, no art. 322º, nº 2, a aplicação à “*unión de hecho afectiva*” da generalidade das “disposições comuns a todos os regimes económicos patrimoniais” (aquilo que na doutrina portuguesa se denomina de regime patrimonial “primário” do casamento), o que entre nós não sucede, ou a (curiosa) presunção (aparentemente absoluta) de “aquisição em comum” na hipótese prevista no art. 325º, nº 2. Já uma outra norma do Código das Famílias cubano como a que estabelece a responsabilidade solidária de ambos os membros da união de facto pelas dívidas contraídas por qualquer deles para face aos encargos da vida em comum (art. 323º), não tendo equivalência, ao menos explicitamente, com qualquer disposição da lei portuguesa, corresponde porém a uma solução que vem sendo pacificamente aceite pela doutrina e jurisprudência portuguesas como resultando de uma elementar aplicação analógica da norma predisposta para o casamento.

5. Por último, e agora no que se reporta aos efeitos da união de facto que se produzem *quando e em consequência da cessação* da relação de convivência, é também claro que a lei cubana realiza uma aproximação ao regime do casamento, diríamos, quase irrestrita — o que não sucede no sistema português.

Seguramente que, no que respeita às consequências fixadas para a hipótese de *ruptura* da união de facto, em *ambos* os ordenamentos se protege, de alguma forma, a *continuidade da habitação* na casa de morada de família pelo membro que dela mais necessite <sup>8</sup>, tal como em *ambos* os sistemas se aplica genericamente, sendo caso disso, o princípio da proscrição do enriquecimento sem causa <sup>9</sup>. Não deixam porém de se registar diferenças com algum relevo: o ordenamento cubano estabelece *expressamente* um direito a *alimentos* e um direito a *compensação económica* ao membro em situação de vulnerabilidade (art. 327º, que remete para o 276º, disposição esta que se fixa uma compensação, por dedicação ao trabalho doméstico e de cuidado, para fazer face à “desvantajosa situação patrimonial [pós-divórcio] por não ter tido

<sup>8</sup> Ainda que mediante mecanismos técnicos diversos: em Cuba é deferido um *direito real de habitação* (art. 331º do Código das Famílias, disposição que remete para o art. 285º do mesmo diploma), enquanto que em Portugal tal continuidade da habitação é assegurada por via do regime contratual do *arrendamento* (art. 4º da Lei nº 7/2001, o qual manda aplicar o art. 1793º do Código Civil). Dispensamo-nos, neste ponto, de enunciar as possíveis consequências práticas significativas resultantes desta diferenciação.

<sup>9</sup> Tal aplicação é claramente explicitada no art. 325º, nº 1, do Código das Famílias de Cuba — mas em Portugal resulta tão-somente das regras gerais, não deixando nós aqui de registar que tem sido justamente esse o fundamento que vem sendo invocado, pela nossa jurisprudência, para corrigir o eventual enriquecimento resultante da aquisição de um bem (normalmente um imóvel) durante a união de facto apenas em nome de um dos membros... que não foi aquele que pagou o preço dessa aquisição. V., p. ex., e a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 2014 (Nuno Cameira).

atividade económica remunerada ou lucrativa”). Ora, entre nós não é assim: sendo a lei omissa sobre tais consequências, a jurisprudência só *timidamente* tem considerado a possibilidade de atribuição da referida compensação económica (aliás desenhada no art. 1676º do Código Civil, como é sabido, em termos próximos dos correspondentes à formulação do art. 276º do Código das Famílias de Cuba), *mas tem rejeitado* firmemente a atribuição de direito a alimentos <sup>10</sup>.

Já em relação às consequências da extinção da união de facto *por morte* de um dos conviventes somos confrontados com *a diferença porventura mais pronunciada* entre um e outro ordenamentos. Efetivamente, em Cuba o unido é plenamente *equiparado* ao cônjuge para efeitos sucessórios (328º do Código das Famílias). Já no âmbito do direito português deparamos com um estatuto sucessório do companheiro sobrevivente *praticamente vazio*: o companheiro sobrevivente *não é herdeiro* do falecido, limitando-se a lei — diríamos, para compensar essa desconsideração... — a atender a determinadas *necessidades específicas* do sobrevivente, concedendo-lhe um direito a exigir *alimentos* da herança do falecido (art. 2020º do Código Civil), um direito a manter a *habitação na casa de morada comum* (art. 5º da Lei nº 7/2001), ou um direito a receber as *prestações* resultantes

<sup>10</sup> Aproveitamos para observar, neste ponto, que vemos este entendimento jurisprudencial diferenciado com alguma estranheza, já que os interesses em jogo numa e na outra situações — ou seja, para fins de direito a alimentos ou de atribuição do referido crédito compensatório — se nos afiguram ser fundamentalmente *da mesma ordem*.

dos diversos regimes de *segurança social*, fundamentalmente a denominada “pensão de sobrevivência” (art. 3º, al. e), da Lei nº 7/2001) <sup>11</sup>.

Seja-nos novamente permitido, no termo desta exposição, uma observação crítica <sup>12</sup> em torno do referido estatuto sucessório do(a) companheiro(a) sobrevivente(a) no direito português, quando comparado com o *fortíssimo estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente* — que é não apenas herdeiro legítimo (e numa posição qualificada em face dos demais herdeiros legítimos) <sup>13</sup> mas também em princípio herdeiro *legitimário*, como é sabido <sup>14</sup>. E a diferença é de tal forma *marcante* — em face da progressiva *indiferenciação* do casamento e da união de facto na generalidade das matérias, e em particular nesta área da *proteção do sobrevivente* em caso de morte — que pode mesmo afirmar-se que hoje o casamento se apresenta, nesta perspectiva, como ... um (quase) *contrato sucessório*, no sentido de que o “*grande efeito*”, o efeito mais significativo que os sujeitos vão obter, *optando pelo casamento em lugar da união de facto*, é precisamente esse efeito *sucessório*!

<sup>11</sup> Direitos estes que, aliás, a lei já concedia ao cônjuge sobrevivente — ainda que em termos pontualmente distintos.

<sup>12</sup> Acompanhamos aqui de perto as considerações que já tecemos no nosso *Os factos no casamento e o direito na união de facto*, in «Textos de Direito da Família — para Francisco Pereira Coelho» (coordenação de Guilherme de Oliveira), Coimbra, 2016, p. 77-106.

<sup>13</sup> V. arts. 2133º e 2139º do Código Civil.

<sup>14</sup> V. art. 2157º do Código Civil.

Supomos que tal diversidade de tratamento — *excessiva*, na realidade, tendo em conta aquela indiferenciação ou aproximação — deve ser objeto de atenção pelo legislador, quer mediante a atribuição ao companheiro sobrevivente de uma posição sucessória “razoável”, quer sobretudo, e *inversamente*, mediante a *depreciação* ou o *enfraquecimento* do estatuto sucessório deste cônjuge sobrevivente, pelo menos na parte que se refere à sua qualidade de *herdeiro legitimário*, e isto para lá do pequeno passo que já foi dado em 2018 <sup>15</sup>.

Em relação à posição sucessória do *unido de facto sobrevivente*, cremos que se justificaria que pudesse integrar a escala de sucessíveis na sucessão legítima, certamente numa posição inferior à dos descendentes e ascendentes.

Em relação à posição sucessória do *cônjuge sobrevivente*, e admitindo não ser este o espaço próprio para o tratamento desenvolvido do problema — que, de resto, ultrapassa a perspectiva do mero confronto com a união de facto —, alinhamos aqui, de modo sumário, algumas razões que julgamos deporem a favor dessa depreciação.

Em primeiro lugar, e como se sabe, o casamento é, por um lado, cada vez menos “vinculativo” no plano dos efeitos pessoais e, por outro lado, cada vez mais precário, dada a progressiva facilitação do divórcio — é-o no nosso sistema como

<sup>15</sup> Por via da Lei nº 48/2018, de 14 de Agosto, que veio introduzir a possibilidade de renúncia recíproca de ambos os cônjuges à sua qualidade de sucessores legitimários, realizada em convenção antenupcial, ainda que apenas no caso de o regime de bens estipulado ser o de separação de bens.

é essa a tendência de evolução na generalidade dos sistemas. Diríamos pois que o casamento hoje vale pouco — vincula pouco, e pode cessar facilmente. Parece portanto que este atual regime “familiar” do casamento se acha um pouco *desajustado* do seu regime sucessório, o qual terá sido pensado, pelo contrário, para o velho casamento perpétuo e de forte carga vinculativa. De alguma forma se diria, nesta sequência, que o casamento conseguiria, por via sucessória e portanto após o seu termo, uma vinculatividade e uma perpetuidade que não teria normalmente durante a sua vigência.

Em segundo lugar, também não nos parece colher o argumento de que, precisamente por ser o casamento cada vez mais precário, deve justamente ser *mais valorizado* o casamento que *consegue sobreviver até à morte* de um dos cônjuges. E não nos parece colher semelhante argumento porquanto não pode garantir-se que o casamento iria perdurar por muito mais tempo; de resto, o casamento pode ter durado pouco, se a morte se deu pouco tempo após o casamento; e parece artificial, de qualquer modo, essa distinção entre casamentos “fortes” e casamentos “fracos”, a ponto de fundamentar uma tal diferenciação de regimes sucessórios.

Em terceiro lugar, não vemos que as exigências de *solidariedade* em favor do cônjuge sobrevivente, as quais estarão na base da sua sólida posição sucessória, sobretudo enquanto herdeiro *legitimário*, justifiquem tão elevado grau de proteção sucessória — mais elevado, como sabemos, que a proteção reservada aos próprios descendentes. Visto *globalmente* o sistema de proteção do cônjuge sobrevivente, o qual inclui prestações de diversa ordem, não vemos que haja uma necessidade estrita de *reservar* para o cônjuge, de forma *imperativa*, uma parcela da herança.

E a própria ideia de que aquela exigência de solidariedade assentaria num específico dever conjugal (o dever de *assistência*), cujo cumprimento *não deve ser interrompido só porque* a morte interrompeu (contra a vontade dos cônjuges) o casamento, também parece desfasada da atual configuração dos “deveres” conjugais, tal como julgamos deverem ser entendidos, e da atual precariedade e falibilidade do casamento: não era seguro que o casamento *perdurasse por tempo indeterminado*, e que portanto o cônjuge (que agora faleceu) continuasse, por tempo indeterminado, a cumprir normalmente o seu dever de assistência; e, de qualquer modo, a transmissão hereditária *ultrapassa* em muito, no seu objeto, a lógica e propósitos “alimentares” e assistenciais do referido dever conjugal.

6. Concluindo, vistos os dois sistemas globalmente, diremos que o sistema cubano, como vimos, realiza uma aproximação do regime da união de facto ao do casamento com um alcance que, efetivamente, não é observável no ordenamento português — e aqui assume particular relevo a diferença, que acabámos de evidenciar, respeitante às consequências sucessórias. Supomos, porém, a despeito de tal consideração, que ambos os regimes beberam no fundo dos mesmos princípios e refletem afinal as mesmas preocupações; simplesmente, no percurso evolutivo natural que esta matéria tem vindo a atravessar, o regime de Cuba da “*unión de hecho afectiva*” estará porventura um pequeno passo à frente (pelo menos no nosso juízo), passo que supomos que o nosso país virá a dar, de uma forma ou de outra, mais tarde ou mais cedo, de um modo mais ou menos pronunciado — seja *inicialmente*, dentro do *direito constituído*, através de uma extensão dos casos de *aplicação analógica* à união de facto de regras já estabelecidas para o casamento, seja *depois*, e agora no plano do *direito a constituir*, mediante um



alargamento dos efeitos da união de facto, aproximando-a de alguma forma, e até certo ponto, do casamento.

E neste último plano, certamente que uma das matérias que merecerá uma reponderação mais funda será seguramente, como dissemos, a dos *estatutos sucessórios* do membro sobrevivente da união de facto e do cônjuge sobrevivente. Não deixando nós de aqui observar que, no Brasil — e entendermos justificar-se esta observação, atento o facto de se tratar de um outro país latino-americano cujo direito civil (sobretudo nas áreas familiarística e sucessória) vem atravessando uma rápida evolução, estando presentemente em fase de debate o Anteprojeto de Revisão do Código Civil Brasileiro <sup>16</sup>—, o referido anteprojeto vem, justamente, dar acolhimento, em larga medida, àquelas mesmas ideias que atrás pudemos exprimir. O cônjuge sobrevivente surge agora colocado em terceiro lugar nas classes de sucessíveis na sucessão legítima (art. 1829º); e deixa de ser herdeiro legítimo ou necessário (art.1845º). Saudamos esta depreciação da posição sucessória do cônjuge sobrevivente. E mesmo a plena equiparação que o projeto faz, para efeitos de sucessão legítima, entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro sobrevivente, mesmo essa equiparação não a rejeitaríamos à partida no nosso direito, uma vez operada a referida depreciação da posição sucessória do cônjuge sobrevivente. Suspeitamos, porém — mas é apenas uma suspeita nossa —, que tal plena equiparação dificilmente seria aceite por grande parte da nossa doutrina civilística...

<sup>16</sup> Disponível online, em [https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023\\_2024.pdf](https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf).

# SALA DE HISTÓRIA

Doutor Mário Júlio Brilo de Almeida Costa  
Doutor Sebastião Costa Cruz  
Doutor Jorge de Figueiredo Dias  
Doutor Rui Nogueira Lobo de Alarcão e Silva  
Doutor António dos Santos Justo  
Doutor Peter Hünerfeld  
Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu  
Doutor Rui Manuel de Figueiredo Marcondes  
Doutor José Casalta Nabais  
Doutor José Manuel Aroso Linhares  
Doutor António Alberto Vieira  
Doutor Fernando Alves









# Beatriz Fernandes

Encarregada de Proteção de Dados do IRN, IP

Investigadora Integrada Centro de Estudos Jurídicos, Económicos,  
Internacionais e Ambientais CEJEIA

Professora auxiliar na Universidade Lusíada do Porto

## OS REGIMES DE BENS: O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO REGULAMENTO (UE) 2016/1103 DO CONSELHO

### **Sumário:**

1. Introdução; 2. Regime de bens no ordenamento jurídico português; 2.1. Referência sucinta ao fundamento da imutabilidade dos regimes de bens; 3. Mutabilidade do regime de bens no Novo Código das Famílias Cubano; 4. A alteração do regime de bens por efeito do Regulamento 2016/1103 do Conselho de 24 de junho de 2016; 5. Notas conclusivas.



## Resumo:

Este artigo pretende avaliar o efetivo alcance do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei, quando, por efeito da aplicação do Regulamento 2016/1103 do Conselho de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, é permitido aos cônjuges, sujeitos de uma situação jurídica transnacional alterar a lei aplicável ao seu regime matrimonial.

Após uma breve análise do rígido sistema português e do novo *Código das Famílias* de Cuba, iremos perceber em que medida é que o Regulamento reflete a valorização do *princípio da autonomia da vontade* que se consubstancia na liberdade de alterar, na constância do casamento, a lei aplicável ao regime matrimonial, permitindo que, por efeito da existência de um elemento que confira uma dimensão transfronteiriça ao casamento, os cônjuges possam beneficiar de um regime permissivo ou, pelo contrário, ver vedada a adoção do regime português por este não permitir a alteração.



## **Abstract:**

*This paper seeks to assess the effective scope of the immutability of prenuptial agreements legal principle and the martial property regime stemming from the law, when as a result of the application of Regulation 2016/1103 of the Council of 24 June 2016, which implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, spouses who are subjects of a transnational legal situation are allowed to change the law applicable to their matrimonial property regime.*

*After briefly analysing the rigid Portuguese system and the new Cuban Family Code, we shall understand to what extent the Regulation reflects the value placed on the principle of the autonomy of the will, which is embodied in the freedom to change the law applicable to the matrimonial property regime within the duration of the marriage, allowing spouses to benefit from a permissive marital property regime due to the existence of an element that bestows to the marriage a cross-border dimension, or on the contrary, to be prohibited from adopting the Portuguese regime because it does not allow changes.*

## 1. Introdução

No seio das fontes das relações jurídicas familiares, o casamento é um contrato, nos termos em que é definido no art.º 1577.º do Código Civil, no âmbito do qual, para além dos efeitos pessoais, emerge uma disciplina relativa à vida em comum dos nubentes. Referimo-nos, em particular, às relações patrimoniais decorrentes desse contrato cujo alcance abrange o património próprio trazido para o casamento e o que for adquirido pelos cônjuges durante o casamento.

Porém, os efeitos práticos tornam-se particularmente evidentes no momento da dissolução do casamento, seja por divórcio ou por óbito, em que se mostra necessário promover a liquidação do regime matrimonial e a consequente partilha por divórcio ou por sucessão, respetivamente.

Ora, a especificidade dos interesses patrimoniais associados implica, pois, um estatuto jurídico especial que é designado por *regime de bens do casamento*.

O estatuto patrimonial dos cônjuges é estratificado<sup>1</sup>, consoante a extensão da autonomia privada que é reco-

<sup>1</sup> RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p.17.

nhecida aos cônjuges. Num plano primário, há que referir um conjunto de efeitos patrimoniais imperativos que abrangem todos os casamentos, constituído pelos direitos e deveres conjugais patrimoniais e pelas regras relativas à administração e disposição dos bens dos cônjuges. Num segundo plano surge um amplo espaço para os nubentes fixarem livremente, em convenção antenupcial, um regime adequado aos seus interesses, necessidades e circunstâncias, tal como estatuí o art.º 1698.º do Código Civil<sup>2</sup>.

Como restrição a esta regra geral de liberdade de convenção, o art.º 1699.º do CC veda aos nubentes a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, em cumprimento do princípio geral da proibição dos pactos sucessórios; a alteração dos direitos ou deveres paternais e conjugais; e a comunicabilidade de certos bens taxativamente previstos no art.º 1733.º<sup>3</sup>, assim como, também, é vedado aos nubentes que tenham filhos convencionar o regime da convenção geral de bens ou estipular a comuni-

<sup>2</sup> Nos termos do artigo 1710º do Código Civil, as convenções antenupciais, para serem validamente celebradas, devem ser celebradas por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública.

<sup>3</sup> Incluem-se aqui os bens doados ou deixados, ainda por conta da legítima com a cláusula de incomunicabilidade; os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária; o usufruto, o uso ou habitação demais direitos estritamente pessoais, indenizações próprias, seguros vencidos a favor de cada um dos cônjuges, bens e objetos de uso pessoal; recordações de família de valor reduzido e animais de companhia existentes à data da celebração do casamento.

cabilidade dos bens próprios ou adquiridos em virtude de direito próprio anterior à data do casamento.

Este regime proibitivo estende-se aos nubentes que tenham já completado sessenta anos. A estes nubentes é imposto um regime de separação de bens, que, veda a estipulação de qualquer outro regime, embora, como veremos, lhes permita a celebração de um pacto sucessório de renúncia à qualidade de herdeiro.

Na prática, porém, os nubentes raramente exercem a sua autonomia privada para definir um regime patrimonial que atenda aos seus interesses específicos.

## **2. Regime de bens no ordenamento jurídico português**

No ordenamento jurídico português, encontram-se previstos e regulados três regimes matrimoniais típicos: o regime de comunhão de adquiridos (previsto nos artigos 1721.º a 1731.º do Código Civil); o regime de comunhão geral (artigos 1732.º a 1734.º do Código Civil); e o regime de separação de bens (artigos 1735.º e 1736.º do Código Civil).

Para além destes, os nubentes dispõem de liberdade para combinar esses regimes, assim como podem criar um regime que se afaste dos regimes típicos, desde que não ultrapassem os limites enunciados no referido art.º 1699.º do CC.

Salvo raras exceções, mostram-nos as evidências empiricamente perceptíveis que os casamentos são celebrados sob o regime da comunhão de adquiridos que corresponde ao regime supletivo, aplicável na falta de convenção antenupcial (com ressalva das situações previstas no artigo 1720.º do Código Civil), ou no caso de caducidade, invalidade ou

ineficácia da convenção. Poderá ser invocado, como efetivamente assim é pelos nubentes aquando da celebração do processo preliminar de casamento, que o facto de não haver uma escolha constitui, por si só, uma escolha, baseada na confiança. De facto, alega-se, de um modo muito pouco objetivo, que o facto de, em fase pré-matrimonial, haver uma preocupação com os bens materiais poderá indiciar interesses dos nubentes que não se prendem com a “pura vontade de constituir família para a vida toda” e que numa fase tão inicial da vida comum é despreciando, eventualmente revelador de reservas de algum dos cônjuges, antecipar a dissolução do casamento por divórcio ou por óbito de um dos cônjuges.

O regime de comunhão de adquiridos assenta no princípio de uma comunhão de vida baseado na igualdade, e determina que os bens se dividem em duas categorias - os bens comuns e os bens próprios — consoante o título de aquisição. São bens próprios de cada um dos cônjuges os bens que seja titular à data da celebração do casamento ou aqueles que adquira posteriormente mas em virtude de direito anterior, e aqueles que adquirir depois do casamento a título gratuito por sucessão ou doação. São bens comuns todo o património adquirido por qualquer dos cônjuges com o produto do trabalho destes, ou seja, o património adquirido a título oneroso durante a vigência do casamento.

Por outro lado, no regime da comunhão geral, previsto nos art.º 1732.º e seguintes do CC, o património dos cônjuges será constituído por todos os bens sem que se distinga o momento da sua aquisição ou a sua aquisição a título onero-

so ou a título gratuito<sup>4</sup>. Não obstante ter sido pacificamente adotado pelo legislador como regime supletivo até ao Código Civil de 1966<sup>5</sup>, após a entrada em vigor deste, o regime da comunhão geral era convencionado como meio, encoberto, de estabelecer a comunicabilidade de alguns bens, designadamente de bens doados a um dos cônjuges pelos progenitores com fins de favorecimento do casal, que deste modo evitavam a tributação fiscal devida pelas doações.

Porém, face à redação atual do art.º 1790.º do CC, introduzida pela Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, que estatui que em caso de divórcio nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, a adoção deste regime tornou-se, na prática, muito residual.

Por último, no regime de separação de bens, regulado no art.º 1735.º e seguintes do CC, não existe qualquer comu-

<sup>4</sup> Ressalvados os bens referidos no artº 1733º do Código Civil.

<sup>5</sup> Refere Guilherme de Oliveira que a circunstância de na vigência do regime supletivo da comunhão geral de bens ser este o regime adotado por 98% dos nubentes “não significava propriamente uma escolha, uma preferência por este regime; significava apenas que os nubentes não se davam ao trabalho e à despesa de fazerem uma convenção antenupcial para escolherem outro regime” cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Observações sobre os regimes de bens” *in Temas de Direito da Família*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p.274. Estabelecendo um paralelismo, é notório, atualmente, que os motivos se mantêm, agora, quanto à adoção do regime da comunhão de adquiridos.

nhão de bens<sup>6</sup>, independentemente de estes terem sido adquiridos a título gratuito ou oneroso e independentemente do momento da aquisição, mantendo cada nubente o poder de dispor livremente de todos os seus bens. Este amplo poder de disposição é limitado apenas nos casos em que é devida proteção à estabilidade familiar, nomeadamente ao impor limites que visam proteger a casa de morada de família (artigos 1682.º-A, n.º 2 e 1682.º-B do Código Civil).

Este regime vigora, imperativamente, se o casamento tiver sido celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento, como no caso dos casamentos urgentes, ou se, como já referimos, um dos nubentes já tiver completado sessenta anos de idade (artigo 1720.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Civil).

Sendo certo que, como referimos, os reflexos das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei se estende para além dos efeitos que produz durante o casamento, designadamente aquando da dissolução do casamento, em particular ao nível sucessório, refira-se que, não obstante o Código Civil estabelecer um princípio geral de proibição de pactos sucessórios, a que se refere o art.º 2028.º do CC, são admitidas algumas exceções à regra da proibição, que revelam um propósito *favor matrimonii*.

<sup>6</sup> Não obstante a possibilidade de existirem bens que individualmente pertençam a ambos os cônjuges, casos em que existe uma compropriedade de bens concretos e não da contitularidade de um património comum.



Referimo-nos às disposições sucessórias inseridas em convenção antenupcial, reguladas nos artigos 1700.º a 1707.º. Em concreto, às doações mortis causa para casamento, cujo regime se encontra regulado nos artigos 1701.º a 1703.º, por remissão do n.º 2 do artigo 1755.º, que determina, expressamente, que as doações para casamento quando “hajam de produzir os seus efeitos por morte do doador são havidas como pactos sucessórios e, como tais, sujeitas ao disposto nos artigos 1701.º a 1703.º”, e o n.º 1, do artigo 1756.º, que estatui que “as doações para casamento só podem ser feitas na convenção antenupcial”.

Tais doações — *mortis causa* entre esposados, e as doações *mortis causa* feitas por um terceiro em benefício dos esposados mortis causa — revelam, como referimos, um manifesto propósito *favor matrimonii*, que se mostra pela conexão entre a regulamentação dos pactos sucessórios e a organização patrimonial do casamento.

Espelho da possibilidade de ampliar os efeitos das convenções antenupciais ao planeamento sucessório é a faculdade de os cônjuges renunciarem reciprocamente à qualidade de herdeiro, a que se refere o artigo 1707.º-A do Código Civil<sup>7</sup>, cujo efeito direto é a determinação da posi-

<sup>7</sup> No domínio das relações jurídicas transnacionais, esta matéria tem suscitado discussão em torno de perceber se a figura da renúncia recíproca à condição de herdeiro feita em convenção antenupcial se enquadra no conceito de pacto sucessório, por afetação da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, ou, se está em causa um instituto, que por meio de convenção antenupcial, pretende, unicamente, a regulação dos efeitos patrimoniais do casamento,

ção sucessória dos cônjuges que passa, por efeito da renúncia a ver alterado o seu estatuto sucessório.

pese embora, tais efeitos se estendam ao regime das liberalidades efetuadas entre os cônjuges. A favor da sua qualificação como sucessória relevam, essencialmente, quatro questões: i) a ampla noção de pacto sucessório, apresentada no Regulamento 650/2012, que determina que sejam qualificados como sucessórios alguns contratos, que não sendo assim classificados no nosso ordenamento jurídico, têm, na sua essência, finalidades sucessórias; ii) a jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente, nos critérios adotados para a delimitação do estatuto sucessório no caso Mahnkop; iii) a ausência de qualquer efeito no património conjugal; iv) os efeitos sucessórios do contrato, uma vez que, os cônjuges modificam, e aceitam modificar, o seu estatuto hereditário, afastando a qualidade de herdeiro legitimário, o que, dito de outra forma, significa que os efeitos deste pacto se verificam, essencialmente, na determinação dos direitos hereditários do cônjuge. Já a sua qualificação como matrimonial assenta, sobretudo, no seu enquadramento sistemático, nas normas de natureza matrimonial, no facto de estar associado a um regime específico de bens, que é a separação de bens e, ainda, à imutabilidade da renúncia, cfr. BEATRIZ FERNANDES, *Os pactos sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões — sobre a qualificação como sucessório de um pacto para efeitos da aplicação do Regulamento (EU) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho*, Almedina, Coimbra, 2024, p.234 e ss. Sobre a sua qualificação como matrimonial, veja-se: AFONSO PATRÃO, “Renúncia recíproca à condição de legitimário incluída na convenção antenupcial: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial”, in *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, SARA LANDINI (org.), Edizione Scientifiche Italiane, 2020, pp. 415 e ss.

## 2.1. Referência sucinta ao fundamento da imutabilidade dos regimes de bens

Como mencionado, o ordenamento jurídico português estabelece o princípio da liberdade dos cônjuges sobre o regime de bens, o qual deve garantir o necessário equilíbrio entre os interesses pessoais e patrimoniais no âmbito da família a constituir, bem como a tutela desses interesses patrimoniais quando a relação conjugal termina.

Além dessa liberdade vigora o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei que visa preservar a sua inalterabilidade durante a constância do casamento<sup>8</sup>, seja o regime definido por convenção antenupcial ou resulte da lei.

Foi no Código de Seabra<sup>9</sup>, que o princípio da imutabilidade encontrou pela primeira vez respaldo legal nos termos do art.º 1095.º “*As convenções ante nupcias não podem ser revogadas nem*

<sup>8</sup> Não iremos abordar a questão das exceções ao princípio da imutabilidade estatuída no art.º 1715.º, que prevê a ocorrência de certos factos modificativos entre os quais se incluem expressamente a simples separação judicial de bens a separação judicial de pessoas e bens, para além de outros casos previstos na lei como sejam a declaração de ausência de casado cfr. 108.º do CC, a declaração de insolvência de um dos cônjuges cfr. art.º 141.º, n.º1, al. b e 3 do CIRE.

<sup>9</sup> Código Civil Português, de 1867, disponível em:

<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

*alteradas por convenção, depois da celebração do casamento*”<sup>10</sup>.

Atualmente, este princípio está consagrado no art.º 1714.º que, sob a epígrafe — Imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei — determina que *“fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados”*, ou seja são vedadas todas as alterações diretas e indiretas o estatuto patrimonial fixado aquando da celebração do casamento que não sejam admitidas pela lei, quer ele resulte de convenção válida, do regime de bens supletivo ou imperativo. Trata-se de “uma das pedras angulares em que assenta a construção jurídica das convenções matrimoniais”<sup>11/12</sup>.

<sup>10</sup> Disposição que proveio do direito consuetudinário francês cfr. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 45.

<sup>11</sup> CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 10.

<sup>12</sup> O artº 1711º determina que as convenções antenupciais só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registadas, desiderato que cabe ao Registo Civil, bem como a respetiva publicidade através da publicação de certidões. De facto, em consonância com aquele artigo, estabelece artº 191º do Código do Registo Civil que “A convenção que tenha por objeto a fixação do regime de bens ou a sua alteração só produz efeitos em relação a terceiros a partir da data do registo” e o artº 1º, al. e) do CRC que estabelece que são sujeitas a registo obrigatório “As *convenções antenupciais e as alterações do regime de bens convencionado ou legalmente fixado*”. Prevê ainda o Artº 181º, nº 1, al. e) que o assento de casamento deve

São duas as principais razões que justificam o princípio da imutabilidade: *i)* a salvaguarda dos interesses dos interesses dos cônjuges *ii)* a salvaguarda dos interesses de terceiros<sup>13</sup>.

O primeiro fundamento, vulgarmente invocado - a salvaguarda dos interesses dos cônjuges — baseia-se na intenção de prevenir que a influência de um dos cônjuges sobre o outro resulte em alterações do regime matrimonial que favoreçam apenas uma das partes. Previne-se, assim, o eventual enriquecimento de um deles por via do empobrecimento do outro<sup>14</sup>. Este princípio manteve-se no nosso

*constar a indicação de o casamento se ter celebrado com ou sem com ou sem convenção antenupcial e a menção ao respetivo auto ou escritura com a indicação do regime de bens estipulado, se for um dos regimes tipo, e, se for imperativo, da menção dessa circunstância.* Não obstante, não podemos deixar de dar nota do limitado alcance da publicidade definida nestes moldes, uma vez que divulga apenas a convenção, e não o regime de bens em si.

<sup>13</sup> Tradicionalmente eram referidos ainda outros fundamentos como sejam o corolário do princípio da anterioridade, o caráter de pacto de família que as convenções revestiam e as restrições impostas por lei à permissão das doações entre os cônjuges. Sobre esta matéria veja-se ARTUR AUGUSTO DA ROCHA ROCHA “Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1941, Vol. II — Ano 1, nº 3, pag. 149 ss. (disponível online em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B7377E713-FB12-4FF4-A21B-D1AB2B630685%7D.pdf>): , ob. cit. p. 149.

<sup>14</sup> Veja-se PIRES DE LIMA E BRAGA DA CRUZ, DIREITOS DE FAMÍLIA, Direitos de Família, Efeitos Jurídicos do Casamento, Doações Matrimoniais, vol.II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953: “a lei proibiu a livre alteração das convenções antenupciais pela mesma razão

direito aquando da reforma de 1977 em resultado da verificação empírica no país de uma estrutura sociológica que estava, de modo geral, longe de corresponder ao princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, proclamado pela Nova Constituição da República, e que traduzia ainda, em termos de facto, a supremacia do marido”<sup>15</sup>.

Rita Lobo Xavier considera que a igualdade entre os cônjuges não é compatível com normas protecionistas, já que, se a mulher de hoje não está na dependência jurídica do marido não há necessidade de a proteger, e que qualquer norma que tenha por objetivo proteger a mulher está a inferiorizá-la. Ademais, são vários os expedientes que permitem, por via indireta, a alteração das massas patrimoniais de que os cônjuges são titulares, pelo que a existência de um princípio da imutabilidade acaba por ser contornável<sup>16</sup>.

por que proibiu os testamentos de mão-comum. Quis-se evitar que um dos cônjuges, aproveitando-se do ascendente que normalmente possui sobre o outro, o leve a consentir numa alteração do regime de bens que lhe seja prejudicial”

<sup>15</sup> JOÃO ESPÍRITO SANTO, “A imutabilidade dos regimes de bens”, in AAVV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 / Congressos Comemorativos dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 459- 476.

<sup>16</sup> Por exemplo, considerem-se as contas solidárias entre cônjuges, cujos depósitos podem derivar de patrimónios distintos, mas em que ambos os cônjuges são credores da totalidade do saldo disponível, com a possibilidade de movimentá-lo livremente, sem restrições e independentemente de sua origem.

Aponta-se, também, como fundamento da imutabilidade dos regimes de bens a necessidade de salvaguardar os interesses de terceiros, *máxime* os credores, cujas expectativas poderiam ser defraudadas para via da alteração e adequação de um novo regime consoantes as circunstâncias da vida conjugal. Ora este argumento perde completamente a sua força face a um sistema que antecipe que as alterações introduzidas não possam ser opostas a terceiros que tenham anteriormente adquirido os seus direitos<sup>17</sup>.

Porém, um sistema que admita a possibilidade de alterar os regimes de bens deve antecipar, necessariamente, algumas outras questões, nomeadamente que limites devem ser impostos a essas alterações ou, pelo contrário se deve ser reconhecida liberdade análoga à existente antes do casamento, ou ainda se deve preexistir uma avaliação de controle interno, como o adaptado em França<sup>18</sup>, ou, ainda, se deve haver liquidação do estatuto matrimonial existente.

Há que referir, porém, que o raio de ação da imutabilidade dos regimes de bens é limitado a situações jurídicas puramente internas e às relações jurídicas plurilocalizadas que ficam subordinadas à lei portuguesa.

<sup>17</sup> PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 5ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 584.

<sup>18</sup> Refira-se que em França está previsto, em certos casos, um controlo judiciário da modificação das convenções (artº 1397º e 1167º do *Code Civil*). Tais alterações, que devem ser efetuadas por meio de ato notarial, estão condicionadas à homologação judicial, com o objetivo de verificar se atendem ao interesse da família e de prevenir fraudes que possam prejudicar os direitos de credores.



Ao nível internacional, veremos, de seguida, como é que o Novo Código das Famílias Cubano regula esta matéria.

### **3. A Mutabilidade do regime de bens no Novo Código das Famílias Cubano**

O Código das Famílias<sup>19</sup>, promulgado em 27 de setembro de 2022 após referendo popular, representa um marco significativo em matéria de Direito das Famílias. Este diploma agrega, consolida e regulamenta temas como o casamento igualitário, as uniões de facto afetivas, a regulamentação do trabalho de reprodução social, os direitos sexuais e reprodutivos, a violência e discriminação no ambiente familiar, a multiparentalidade, a filiação assistida e o direito das crianças e dos adolescentes no ambiente virtual. Tais matérias, que em grande parte dos sistemas jurídicos, como no português, estão dispersos por diversos diplomas legislativos, encontram-se reunidas neste Código de forma integrada, facilitando a compreensão e aplicação das normas.

<sup>19</sup> Também designado por “Código dos Afetos” pela sociedade cubana, deve esta expressão devido à preocupação que revela em proteger uma ampla variedade de relações, quer familiares quer afetivas, das famílias cubanas modernas. O Código situa-se num plano que ultrapassa as estruturas familiares tradicionais e enfatiza a importância do amor, do cuidado e do respeito mútuo nas relações familiares. A título de exemplo, veja-se a definição de casamento a que se refere o artº 201: *El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de dos personas con aptitud legal para ello, con el fin de hacer vida en común, sobre la base del afecto, el amor y el respeto mutuos.*

A matéria dos regimes matrimoniais está regulada nos artigos 221.º e seguintes. A escolha do regime económico do casamento é apenas um dos aspetos que podem ser incluídos nos *pactos matrimoniales*, porquanto podem ser incluídas nestes a inventariação e avaliação dos bens que cada um leva para o casamento, a relação de dividas de cada um, as doações entre os nubentes que apenas produzam efeitos após a formalização do casamento, as doações feitas em razão do casamento, sancionando-se com nulidade qualquer outro contrato com conteúdo patrimonial não incluído nos previstos. A eficácia dos pactos matrimoniais, que tem de ser realizado por escritura pública notarial<sup>20</sup> depende da formalização do casamento dentro dos seis meses subsequentes à celebração do pacto<sup>21</sup>. O regime económico escolhido apenas é oponível a terceiros a partir do momento em que é lavrado o averbamento à margem do assento de casamento<sup>22</sup>.

A matéria referente à modificação ou substituição do regime económico matrimonial está determinada no art.º 224, n.º 1 que estabelece que o regime matrimonial adotado pode ser alterado ou substituído por acordo dos cônjuges, sempre que estes considerem conveniente. Porém, determina o n.º 2 que um novo pacto, no âmbito do qual seja alterado o regime económico, só pode ser outorgado por escritura pública, depois de um ano de aplicação do regime inicialmente adotado, seja este legal ou convencio-

<sup>20</sup> Cfr. artº 223, nº 1.

<sup>21</sup> Cfr. artº 222º.

<sup>22</sup> Cfr. artº 223, nº 2.

nal. A matéria de proteção de terceiros encontra-se prevista no n.º 3: para que a alteração ou substituição do regime matrimonial produza efeitos em relação a terceiros deve ser averbado no registo do casamento, e no n.º 4: os credores anteriores à alteração do regime matrimonial que sofram um prejuízo resultante da alteração do regime matrimonial podem obter a declaração de que a alteração não lhes é oponível por ano a contar da data em que tiveram conhecimento do facto. Estas normas aplicam-se também caso os cônjuges exerçam a faculdade de, por escritura pública, considerar extintos os acordos matrimoniais anteriormente adotados, caso em que passará a vigorar o regime supletivo previsto no código<sup>23</sup>. Não podemos deixar de fazer uma referência ao art.º 260 que prevê a liquidação do regime de matrimónio em caso de discriminação e violência conjugal, determinando que, em caso de decisão judicial transitada por atos de discriminação e violência familiar ou se existirem fundadas razões para que se presuma que existiu durante o casamento, no momento da liquidação do regime

<sup>23</sup> O artº 226º determina que o regime supletivo, aplicável em caso ausência de escolha ou em caso de ineficácia da escolha são regulados pelo *regimen de comunidad matrimonial*. Os artºs 227 e seguintes estabelecem o regime relativamente aos bens comuns, bens próprios, obrigações, gastos urgentes e necessário, as responsabilidades por dívidas, obrigações extracontratuais, a administração e disposição de bens, dissolução e liquidação. Para além do regime supletivo o Código das Famílias também prevê o regime da separação de bens (artºs 263º a 266º) e um regime misto (artº 267º) que permite aos cônjuges convencionar um regime económico matrimonial que combine a comunidade matrimonial e o regime da separação.

de bens o agressor perde o direito que lhe correspondente à avaliação que o tribunal dizer sobre a violência exercida e suas consequências.

#### **4. A alteração do regime de bens por efeito do Regulamento 2016/1103 do Conselho de 24 de junho de 2016**

Referimos que no direito português vigora o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens, consagrado no artigo 1714.º do Código Civil. Assim, caso os nubentes pretendam convencionar o regime de bens e afastar o regime de bens supletivo, a estipulação do regime de bens deve ocorrer em convenção antenupcial (artigo 1710.º do Código Civil), a celebrar, forçosamente antes da celebração do casamento. Na constância do casamento, não é reconhecida aos cônjuges a liberdade de celebrar acordo modificativo ou extintivo do regime de bens. Como exceções ao princípio da imutabilidade aparecem as situações do artigo 1715.º do Código Civil.

Referimos, igualmente, que o princípio da imutabilidade do regime de bens vincula apenas a situações jurídicas entre os cônjuges puramente internas e as relações jurídicas plurilocalizadas que ficam subordinadas à lei portuguesa.

Ponderemos agora, em que medida é que aquele princípio é afastado quando se tratem de relações jurídicas relativamente internacionais, ou em que medida impacta em situações jurídicas absolutamente internacionais, mas que passem a ter um elemento de conexão que possibilite a adoção da lei portuguesa para regular o regime matrimonial do casamento, em virtude do Regulamento (UE) 2016/1103

de 24 de junho de 2016<sup>24</sup> implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, aplicável desde 29 de janeiro de 2019.

O Regulamento dos Regime Matrimoniais é um ato juridicamente vinculativo previsto no n.º 2 do art.º 288.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia que: *i*) tem carácter geral — todas as pessoas singulares, coletivas, empresas ou Estados que se encontrem no seu âmbito de aplicação, objetivo, subjetivo, temporal e espacial estão a ele vinculadas; *ii*) tem aplicabilidade direta — para vigorar não necessita que seja observado qualquer mecanismo de receção no ordenamento jurídico dos EM, incorporando-se automaticamente na ordem jurídica dos EM; *iii*) é obrigatório em todos os seus elementos — os seus destinatários (EM) não podem adaptar o seu conteúdo e sentido das suas prescrições ao ordenamento jurídico interno.

Tratando-se de um instrumento de Direito Internacional Privado sua aplicabilidade restringe-se ao contexto dos regimes matrimoniais com incidência transfronteiriça, cfr. considerando 14, ou seja, quando estiverem em causa rela-

<sup>24</sup> Informalmente e doravante designado por Regulamento dos Regimes matrimoniais, foi adotado, ao abrigo de um processo de cooperação reforçada, por 18 países da União Europeia: Suécia, Bélgica, Grécia, Croácia, Eslovénia, Espanha, França, Portugal, Itália, Malta, Luxemburgo, Alemanha, República Checa, Países Baixos, Áustria, Bulgária, Finlândia e Chipre. Estes Estados-Membros adotaram simultaneamente o Regulamento (UE) 2016/1104 sobre os efeitos patrimoniais das parcerias registadas.

ções jurídicas que não se limitam às fronteiras de um único Estado, estando sujeitas, pois, à competência de diversos ordenamentos jurídicos para sua regulação.

Importa ter presente, igualmente, que mesmo uma situação puramente interna, em que apenas o direito interno é competente para regular as várias dimensões da relação jurídica, pode, no futuro, tornar-se uma situação conjugal com implicações transfronteiriças. Para isso, basta uma simples mudança de residência ou alteração da nacionalidade de um dos cônjuges.

Nos termos do considerando 18, estão incluídas no âmbito de aplicação do Regulamento *todos os aspetos de direito civil dos regimes matrimoniais, respeitantes à gestão quotidiana dos bens dos cônjuges e à liquidação desses bens decorrentes da separação do casal ou da morte de um dos seus membros*. Ora, por efeito da interpretação autónoma que resulta da noção de *regime matrimonial* constante do art.º 3.º, nos termos da qual por regime matrimonial deve entender-se *o conjunto de normas relativas às relações patrimoniais dos cônjuges e às suas relações com terceiros, em resultado do casamento ou da sua dissolução*, ficam sob o âmbito de aplicação do Regulamento as questões relativas ao “regime matrimonial primário” e as relativas aos regimes de bens, cabendo ao art.º 27 densificar qual o âmbito de aplicação da Lei aplicável ao regime matrimonial<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> A lei aplicável ao regime matrimonial regula: a classificação dos bens de qualquer ou de ambos os cônjuges em diferentes categorias durante e após o casamento; a transferência de bens de

Em conformidade com o princípio da autonomia da vontade, enquanto liberdade da escolha de lei aplicável, estabelece o art.º 22.º, n.º 1 que os nubentes ou os cônjuges podem acordar em designar ou em alterar a lei aplicável ao regime matrimonial. Essa escolha, porém, é limitada, podendo apenas recair sobre a lei da residência habitual dos interessados ou de um deles no momento em que for concluído o acordo, ou sobre a lei de um Estado da nacionalidade de qualquer deles no momento da sua conclusão<sup>26</sup>. A apreciação da validade material do acordo compete à lei escolhida pelos cônjuges cfr. art.º 24.º.

Note-se, porém que apesar de admitir a alteração da lei aplicável, o Regulamento não deixa de acautelar as situações jurídicas constituídas ao abrigo do regime matrimonial anterior, nomeadamente em relação aos próprios cônjuges e terceiros, procurando, de certo modo, acautelar

uma categoria para outra; a responsabilidade de um cônjuge pelas obrigações e dívidas do outro cônjuge; os poderes, direitos e obrigações de qualquer um ou de ambos os cônjuges em relação aos bens; a dissolução do regime matrimonial e a divisão, distribuição ou liquidação de bens; a oponibilidade do regime matrimonial a uma relação jurídica entre um dos cônjuges e terceiros; e a validade material de uma convenção nupcial.

<sup>26</sup> Ressalte-se, ainda, a dimensão de universalidade e unicidade da lei aplicável, que estabelece a aplicação da lei designada pelo Regulamento, mesmo que esta não pertença a um Estado-Membro, cfr. artº 20. Além disso, a lei designada aplica-se integralmente ao regime matrimonial, independentemente da natureza dos bens ou de estarem localizados em outro Estado-Membro ou em um Estado terceiro.



aqueles que, como referimos, constituem os fundamentos mais significativos do princípio da imutabilidade. Com efeito, determina o n.º 2 e 3 que salvo acordo em contrário dos cônjuges a alteração da lei aplicável ao regime matrimonial ocorrida durante a vida conjugal só produz efeitos para o futuro e que as eventuais alterações retroativas da lei aplicável não podem afetar negativamente os direitos de terceiros resultantes dessa lei.

Exemplificando: A, portuguesa, residente em França e B, cubano, residente em Espanha, casaram em Paris, em 30 de janeiro de 2020, perante as autoridades francesas. Não foi organizado o processo de verificação da capacidade matrimonial perante qualquer autoridade nacional. Fizeram um acordo de escolha de lei formal e materialmente válido à luz dos artigos 23.º e 24.º do Regulamento, no qual dispõem que a lei aplicável ao regime matrimonial é a lei espanhola. Tendo o casamento ocorrido após a data da entrada em vigor Regulamento 2016/1103, a lei aplicável ao regime matrimonial será definida pela mobilização das normas contidas no Regulamento. Assim, existindo acordo de escolha de lei válido, será este a determinar o regime de bens aplicável. O facto de a nubente portuguesa não ter organizado processo de casamento para verificação da sua capacidade matrimonial não implicará a sujeição do casamento ao regime imperativo da separação de bens nem ao princípio da imutabilidade do regime de bens por não estar em causa a aplicação do direito interno português na matéria o que significa que em qualquer momento os cônjuges poderão alterar ou modificar o regime matrimonial, no qual se inclui, como referimos, o regime de bens. Assim, em conformidade com o estatuído no art.º 22.º do Regulamento o acordo de escolha da lei aplicável ao

regime matrimonial era válido, pelo que a lei aplicável ao regime matrimonial seria a lei espanhola<sup>27</sup>.

Suponhamos, porém, que agora pretendem alterar a lei aplicável ao seu regime matrimonial, nos termos do art.º 22.º, fazendo um acordo nos termos do qual escolhem que seja a lei portuguesa a regular o seu regime matrimonial<sup>28</sup>.

Refira-se, por ser pertinente para a inteligibilidade da questão, que nos termos do art.º 24.º a existência e validade do acordo de escolha a lei ou de algumas disposições são determinadas pela lei que seria aplicável nos termos do art.º 22.º, se o acordo ou a disposição fossem válidos. Assim, a validade da alteração da lei aplicável ao regime matrimonial deve ser apreciada pela lei portuguesa por ser esta que seria aplicável se o acordo fosse formalmente válido. Ora, vigorando o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultantes da lei, não poderão os cônjuges alterar validamente o regime de bens se tal acordo tiver em vista a aplicação da lei portuguesa. Contrariamente, considerando que a lei pessoal de um dos cônjuges era a cubana, seria possível um acordo que visasse a alteração da lei aplicável para a lei cubana, tendo em conta o regime cubano nesta matéria, já mencionado, e o princípio da universalidade da lei aplicável do regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

<sup>27</sup> Por ser a lei da residência de um dos nubentes ao tempo da escolha, cfr. al. a) do nº 1 do artº 22º do Regulamento.

<sup>28</sup> Lei da nacionalidade de um dos cônjuges no momento em que é concluído o acordo, cfr. al b), do nº 1 do artº 22º do Regulamento.

Refira-se a título complementar, considerando unicamente os dados estatísticos referentes à nacionalidade dos nubentes nos casamentos realizados no ano de 2023 em Portugal, que se observa, que em 20,51% dos casos seria possível escolher uma lei estrangeira para regular o regime matrimonial. Além disso, os cônjuges têm a possibilidade de alterar a lei aplicável ao regime matrimonial a qualquer momento.

## **5. Notas conclusivas**

No direito português vigora o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens, consagrado no artigo 1714.º do Código Civil. Caso os nubentes pretendam convencionar o regime de bens e afastar o regime de bens supletivo, a estipulação do regime de bens deve ocorrer em convenção antenupcial (artigo 1710.º do Código Civil), a celebrar, forçosamente antes da celebração do casamento. Na constância do casamento, regra geral, não é reconhecida aos cônjuges a liberdade de celebrar acordo modificativo ou extintivo do regime de bens. Pelo contrário, o regime cubano estabelece que o regime matrimonial do casamento possa ser alterado, substituído ou extinto por acordo dos cônjuges.

Não obstante, o princípio da imutabilidade do regime de bens português vincula apenas a situações jurídicas entre os cônjuges puramente internas e as relações jurídicas plurilocalizadas que ficam subordinadas à lei portuguesa.

Sempre que uma relação conjugal seja plurilocalizada, o Regulamento 2016/1103 permite que os cônjuges escolham a lei que desejam ver aplicada ao seu regime matri-

monial. De igual modo podem, a todo o tempo, alterá-la, ainda que a lei escolhida não seja a lei de um Estado-Membro, desde que seja a lei da nacionalidade ou da residência de qualquer um dos nubentes no momento da escolha.

Assim, quer se trate de uma situação conjugal transfronteiriça *ab initio*, ou de uma situação puramente interna que se converta em situação plurilocalizada pela superveniência de um elemento de estraneidade, estarão os cônjuges em condições de espoletar a mutabilidade do seu regime de bens e do estatuto matrimonial do seu casamento por via de um acordo de alteração da lei. Porém, a lei escolhida não poderá ser a portuguesa, por ser a lei escolhida que determinará a validade do acordo.

Concluimos que não obstante o Regulamento 2016/1103 tenha por objetivo principal harmonizar as regras sobre conflitos de leis e jurisdição no âmbito dos regimes patrimoniais entre cônjuges em contextos transnacionais, os nubentes ou os cônjuges em situações jurídicas plurilocalizadas podem beneficiar de um regime mais favorável em relação ao português, o que possibilita contornar o princípio da imutabilidade dos regimes de bens e adotar um regime matrimonial flexível e alinhado com seus interesses.































CONSEJO DE LAS  
FAMILIAS  
CUBA

10H00

SEMINÁRIO DE DOUTORAMENTO  
DOUTORAMENTO EM  
DIREITO DE FAMÍLIAS

DIA 18 DE JUNHO

Leonardo Pérez Gullardo

Derecho de las familias - La experiencia  
de modificación familiar cubana (UH)

João Paulo Remédio Marques (FDUC)

A obrigação de alimentos

Francisco Pereira Coelho (FDUC)

A união de facto

Beatriz Fernandes (IRN)

Os regimes de bens

Rafael Vale e Reis (FDUC)

A procriação medicamente assistida

10H00

SALA DE HISTÓRIA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE











# Rafael Vale e Reis

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra

Investigador do Centro de Direito Biomédico da FDUC

Membro da Direcção do Centro de Estudos Notariais e Registais da FDUC

## O PROBLEMA DO ANONIMATO DOS DADORES NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA) \*

### 1. O direito ao conhecimento das origens genéticas e o problema anonimato na PMA

Desde cedo, a PMA heteróloga foi considerada essencial em matéria de tratamento de infertilidade, não obstante os problemas éticos que colocava.

\* O presente texto constitui uma adaptação do artigo sob o título “O direito ao conhecimento das origens genéticas: reflexos no problema do anonimato dos dadores na procriação medicamente assistida”, publicado em SILVA, Regina Tavares da / PEREIRA, André Dias (coord.), *Reprodução Assistida e Outras Questões do Biodireito*, Almedina, 2024, pp. 115-135.

O principal problema estava ligado à consagração de regras de segredo, e até anonimato, em torno da identidade dos dadores de gâmetas.

Se as perspectivas iniciais se inclinaram para a necessidade de assentar a PMA heteróloga na regra do anonimato, rapidamente, como lembra JOÃO CARLOS LOUREIRO, se iniciou “um vasto movimento de pessoas que procuram, em nome da identidade pessoal, encontrar as suas raízes, constituindo grupos de apoio e comunidades, potencializadas pelo ciberespaço”<sup>1</sup>.

GUILHERME DE OLIVEIRA, referindo a forma como a doutrina foi acompanhando os ventos pró-abolição do anonimato, indica, como momento determinante, em Portugal, desse percurso, o Parecer do 90/CNECV/2016, que se manifestou no sentido de que “devem estar consagrados em lei mecanismos para proporcionar informação sobre a origem parental”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai é o dador n.º XXX: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heterológica”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Coimbra, 2010, p. 5. Refere o Autor, que “já não se trata da questão clássica, glosada pela literatura, da procura de um pai ou de uma mãe — na grande maioria dos casos, está resolvida —, mas de saber quem está por detrás da dação de gâmetas — tradicionalmente, esperma, mais recentemente ovócitos” (IDEM).

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, “Estudos de direito da família: 4 movimentos em direito da família”, Almedina, 2020, pp. 29-30.

Não pode esquecer-se, porém, que, numa perspectiva internacional, uma solução de *não anonimato* teve, desde cedo, defensores, e até consagração legal.

Acresce que é hoje considerado, com grande consenso, que enfraqueceram os argumentos tradicionalmente invocados para defender o regime do anonimato.

Durante muito tempo, entendeu-se que o anonimato teria a vantagem de facilitar a obtenção de gâmetas e de evitar a criação de problemas adicionais, num domínio (o da PMA) em que os problemas já eram abundantes.

Na síntese de JOÃO CARLOS LOUREIRO, assegurava-se a “a intimidade e a paz familiares, bem como a garantia da disponibilidade de gâmetas”<sup>3</sup>.

As regras de segredo evitariam, ainda, o surgimento de um novo problema para a pessoa gerada — a dúvida sobre a sua identidade pessoal — e permitiriam ocultar a infertilidade do casal.

Ou seja, a PMA heteróloga procurava, na sua primeira fase, “imitar, por ocultação”, a PMA homóloga<sup>4</sup>, à semelhança do que acontecia na adopção, que procurava copiar a família biológica e, por isso, como forma de assegurar que a criança adoptada era inserida na nova família como se fosse biologicamente sua, assentava numa regra de segredo relativamente à identidade dos progenitores biológicos.

<sup>3</sup> LOUREIRO, João Carlos, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

Por outro lado, argumentava-se que a própria reprodução não medicamente assistida levava ao surgimento de seres humanos que não conhecem todo o seu historial biológico, como acontece no caso das famílias monoparentais, ou nos casos de parentesco incorrectamente atribuído.

Porém, foi crescendo o entendimento de que esta perspectiva tradicional tinha os seus alicerces em concepções estigmatizantes e redutoras, o que foi ganhando força à medida que a Ciência foi descobrindo, a propósito das pretensões individuais de conhecimento das próprias origens, que a negação do acesso à história pessoal tem, na generalidade das situações, consequências mais nefastas do que qualquer potencial vexame resultante da circunstância de se ter nascido numa família com problemas de fertilidade.

Lembra SALVATORE PATTI que “as dúvidas acerca das próprias origens, que por vezes surgem numa certa fase da vida, em geral durante a puberdade, podem acarretar graves consequências no equilíbrio físico-psicológico e na evolução da personalidade”<sup>5</sup>, de tal forma que se instalou um verdadeiro *tempo da verdade* em matéria de direito das pessoas<sup>6</sup>.

Entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO refere que “um ser que nasce sem história, a partir de gâmetas anónimos, pelo menos

<sup>5</sup> PATTI, Salvatore, “Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milão, ano 16, n.º 3-4, 1987, p. 1316.

<sup>6</sup> PATTI, Salvatore, “Verità e stato giuridico della persona”, in *Rivista di Diritto Civile*, ano 34, n.º 2, 1988, I, pp. 231-247.

no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado”<sup>7</sup>.

Por outro lado, a disponibilidade de testes “caseiros”, muitas vezes comprados *online*, fez diminuir a crença na possibilidade de a PMA heteróloga continuar, em clima de pacificação sociológica, a assentar numa regra de segredo, tal como se previra inicialmente.

Passou a ser demasiado fácil aos interessados descobrir, com grande reserva e sem alarde social, se existia ou não uma ligação biológica com os progenitores declarados legalmente, pelo que as regras absolutas de anonimato começaram a correr um sério risco de perderem eficácia, na vertente da sua suposta intenção de proteger o núcleo familiar estabelecido.

O clima jurídico de reclamação dos direitos individuais também ajudou a quebrar barreiras, nesta matéria, na medida em que os interessados passaram a ter maior consciência da panóplia de instrumentos que o Direito oferecia para proteger as suas pretensões, incluindo a vontade de conhecimento das suas origens.

A força jurídica expansiva do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, erigido à categoria de direito fundamental, como vimos, foi criando um movimento crescente, tendente a abolir as soluções de anonimato, sendo certo que, à medida que algumas legislações foram abrindo o regime,

<sup>7</sup> ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, p. 33.



chegou-se à conclusão de que a diminuição de dadores não era drástica, tendo-se antes assistido a uma mudança do perfil do dador.

## **2. O problema no Tribunal Constitucional (TC) português Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril**

### **2.1. Posição inovadora do TC**

Uma das *questões de inconstitucionalidade* objecto de apreciação pelo TC no Acórdão n.º 225/2018 foi precisamente:

o direito daqueles que nascem em consequência de processos de procriação medicamente assistida (“PMA”) com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante<sup>8</sup>.

Ou seja, foi requerida a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, do artigo 15.º da Lei da PMA, n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à *identidade pessoal*, ao *desenvolvimento da personalidade* e à *identidade genética*<sup>9</sup>,

<sup>8</sup> Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1892.

<sup>9</sup> Cfr. artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da CRP.

do princípio da *dignidade da pessoa humana*<sup>10</sup>, do *princípio da igualdade*<sup>11</sup> e do *princípio da proporcionalidade*<sup>12</sup>.

Recorde-se que o n.º 4 do artigo 15.º da Lei da PMA, vigente à data, estabelecia que o anonimato apenas poderia ser quebrado “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”.

Sobre o ponto, entendeu o TC que:

“à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, (...) a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição — mas, no caso destas, como regra absoluta —, merece censura constitucional”, tendo em conta que “mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP”<sup>13</sup>.

Concluiu o TC que:

<sup>10</sup> Cfr. artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da CRP.

<sup>11</sup> Cfr. artigo 13.º da CRP.

<sup>12</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

<sup>13</sup> Cfr. Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, pp. 1943-1944.

combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas — e só — quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.

Esta posição do TC constituiu uma importante alteração de perspectiva, tendo em conta que, no processo que deu origem ao Acórdão n.º 101/2009, foi questionada a constitucionalidade das normas do artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, sem que o TC tivesse declarado a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das mesmas. Entendeu então o Tribunal que:

o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui a informação sobre a identidade dos dadores e poderá prestá-la nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial, e sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (artigo 30.º, n.º 2, alínea i)). Além disso, as razões ponderosas a que se refere o artigo 15.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, não poderão deixar dever consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade

de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto<sup>14</sup>.

A posição o TC de 2018 constitui, assim, uma radical alteração de perspectiva relativamente ao problema do anonimato do dador na PMA heteróloga.

## **2.2. A não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**

Ao contrário do que sucedeu com a *gestação de substituição*, o TC não utilizou a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 282.º da CRP, que dispõe que: “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”.

Assim sendo, a declaração de inconstitucionalidade do regime de anonimato relativamente aos dadores na PMA heteróloga e à gestante de substituição (neste caso, em termos absolutos), com força obrigatória geral, produz efeitos desde a entrada em vigor das normas declaradas inconstitucional (ou seja, 2006, para o anonimato dos dadores, e 2016, para a gestante de substituição).

A opção do TC, nesta sede, tem apoios da maior relevância. JOÃO CARLOS LOUREIRO, por exemplo, considera que:

<sup>14</sup> Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, *cit.*, p. 12463.

“no quadro da LPMA, era claro que, para cada dador, na sua situação concreta, o anonimato poderia não funcionar, bastando que houvesse “razões ponderosas” (no plano do fundamento) e uma decisão judicial (no plano de controlo)”, acrescentando que “o dador podia e devia considerar seriamente que, no seu caso, poderiam verificar-se os pressupostos de levantamento do anonimato, ou seja, uma situação suscetível de ser reconduzida às “razões ponderosas””<sup>15</sup>.

Esta solução, porém, merece críticas, tendo em conta, precisamente, os problemas que coloca (e colocou) no plano da *segurança jurídica*.

A maioria dos países que alteraram as regras sobre o anonimato do dador (como aconteceu na Suécia, no Reino Unido e nos Países Baixos<sup>16</sup>), fê-lo sem que as dádvas realizadas até ao momento da alteração fossem afectadas.

Ou seja, um dador de gâmetas que, ao tempo da dádva, deu o seu consentimento na vigência de um regime de anonimato, deve poder contar com esse regime no momento do surgimento de eventual pretensão de revelação da identidade.

<sup>15</sup> LOUREIRO, João Carlos, ““Quis Saber Quem Sou”: Direito à Identidade Pessoal e Procriação Medicamente Assistida Entre a Ocultação Mimética e a Revelação Aletéica. Em Diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in ANTUNES, Maria João / SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestão de substituição em Portugal — Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018., pp. 98-99.

<sup>16</sup> Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *ob. cit.*, p. 100.

Relativamente às dádivas já efectuadas e cujo material não teria sido ainda utilizado na PMA, o problema tem a particular sensibilidade de colocar uma pressão inusitada nas clínicas (como aconteceu em Portugal depois de Abril de 2018), que se confrontam com as opções de não utilizar o material biológico, ou de recontactar os dadores para nova prestação de consentimento, já na vigência das novas regras.

Compreender-se-ia a decisão da não limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se o regime declarado inconstitucional fosse de segredo absoluto, mas, como vimos, isso só acontecia relativamente à *gestação de substituição* (e após a introdução da sua admissibilidade legal em 2016).

Por outro lado, é importante o argumento segundo o qual os dadores anteriores a 24 de Abril de 2018 não poderiam invocar uma grande frustração de expectativas, na medida em que o regime até então vigente não lhes dava garantias individuais de anonimato na sua situação concreta.

Porém, a solução oferecida pelo TC não pode deixar de ser confrontada com a circunstância de esses dadores passarem agora, até à intervenção legislativa de 2019, que se referirá de seguida, a não contar com qualquer protecção legal, se a sua vontade for a de permanecer anónimos, e esse nível mínimo de protecção existia de forma inequívoca ao tempo em que fizeram a sua dádiva, pois, considerando o regime legal então vigente, sabiam que o ónus da prova, no sentido de se verificarem as referidas “razões ponderosas” para a revelação da sua identidade, recaía sobre a pessoa gerada com recurso à PMA heteróloga.

Com a aplicação retroactiva da abolição do anonimato desapareceu esse ónus para a contra-parte, pelo que já nem ele serve para conferir alguma protecção a essa categoria de dadores.



Por último, quanto ao ponto, pensamos que o TC, persistindo na intenção de revogar o regime de anonimato retroactivamente, deveria ter deixado ao legislador alguma indicação no sentido de se encontrarem mecanismos adequados de atenuação das consequências mais drásticas dessa abolição para aqueles dadores que aceitaram sê-lo confiando no regime antigo.

Esse equilíbrio de posições pode receber o contributo muito importante de regimes que imponham a solução do *veto/preferência de contacto*, uma vez manifestada uma pretensão de revelação da identidade do dador por parte da pessoa gerada com recurso às técnicas heterólogas.

### **3. Regime introduzido pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho**

A Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, veio dar nova redacção ao artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, que passou a determinar que:

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

“(...) entende-se como ‘identificação civil’ o nome completo do dador ou dadora” (n.º 4)<sup>17</sup>.

A redacção da lei aponta no sentido de o pedido relativo à revelação das informações de natureza genética *poder* ser formulado junto das clínicas de PMA (“competentes serviços de saúde”), enquanto que o pedido relativo à identidade do dador deve ser formulado junto do CNPMA<sup>18</sup>.

A nova redacção do n.º 3 dispõe que “as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento”.

As alterações legislativas acabadas de referir entraram em vigor no dia 1 de Agosto de 2019<sup>19</sup>, sendo certo, porém, que o artigo 3.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho, estabeleceu um regime transitório, nos seguintes termos:

<sup>17</sup> Foi também dada nova redacção ao n.º 1 do artigo 15.º, por forma a adaptá-lo às previsões que se referem à *gestação de substituição*, passando agora a estabelecer que “quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”

<sup>18</sup> Organismo que, nos termos da alínea i), do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da PMA, tem atribuições para “prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15.º”.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 4.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho.

- a) O segredo sobre a identidade do dador manteve-se:
  - i) para os embriões resultantes de dádivas anteriores ao dia 7 de Maio de 2018 e utilizados até cinco anos após o dia 1 de Agosto de 2019; ii) para os gâmetas resultantes de dádivas anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após o dia 1 de Agosto de 2019; iii) para as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de Maio de 2018;
- b) Nos casos referidos anteriormente, os dadores podem autorizar de forma expressa o levantamento do anonimato;
- c) O regime de confidencialidade do dador referido em a) não prejudica o direito de acesso às informações previstas nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho;
- d) Findos os prazos referidos em a), os gâmetas e embriões doados ou resultantes de doações são destruídos, no caso de o dador não ter, durante esse período, autorizado o levantamento do anonimato sobre a sua identificação civil.

Este novo regime merece quatro observações fundamentais.

A primeira nota diz respeito à idade mínima definida para o acesso à informação relativa à identidade civil do dador.

Optou o legislador pela idade de 18 anos, sendo certo que, em matéria de adopção, como vimos, por força do artigo 6.º do Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, é possível

ao maior de 16 anos, ainda que com autorização dos pais adotivos ou do representante legal, e com apoio técnico obrigatório, aceder à informação relativa à identidade dos pais biológico.

Impunha-se a uniformização do regime, considerando-se razoável a opção pela idade de 16 anos para o acesso à informação sobre a identidade civil do dador na PMA.

O segundo aspecto diz respeito à circunstância de o legislador não ter previsto a solução a oferecer aos casos de eventual utilização do material genético recolhido antes de 7 de Maio de 2018, ao contrário do que dispõe a lei, para além do prazo estipulado legalmente para o efeito.

Assim, se, por exemplo, o sémen recolhido em 2017, for utilizado em 2026 (momento em que será expectável que nenhuma técnica heteróloga esteja a coberto do anonimato), por lapso da clínica, poderá a pessoa que vier nascer conhecer a identidade do dador do material biológico a partir do qual foi gerado?

Note-se que a eventual responsabilização da clínica, no plano civil, designadamente, logrando-se a sua condenação no pagamento de uma indemnização, não resolve o problema de saber se a pessoa gerada com recurso a técnica heteróloga tem, ou não, direito a exigir a revelação da identidade do dador.

A lei não oferece resposta a este problema, mas entendemos que nem o dador nem a pessoa gerada podem ser prejudicados pela falha da clínica.

Em face da concorrência de dois caminhos contraditórios, a solução para o caso terá necessariamente que ser oferecida por via judicial, através da ponderação das cir-

cunstâncias que envolvem cada uma das posições em conflito, devendo decidir-se em função dos interesses que se mostrarem prevalecentes.

Poder-se-á manter a regra vigente ao tempo da dívida, mas apenas e só se, no caso concreto, os interesses envolvendo uma pretensão de anonimato sejam suplantados pelos interesses que enformam a pretensão da revelação da identidade do dador.

A terceira observação respeita ao facto de não ser líquido que a nova solução legal tenha condições de superar o crivo da apreciação da sua constitucionalidade, no caso de se manter o entendimento que o TC expressou no Acórdão de 2018.

Resulta do aresto que o TC considera o regime do anonimato (um qualquer regime do anonimato, independentemente da circunstância de estar, ou não, em causa uma dívida em tempos de anonimato ou de revelação da identidade do dador) contrário aos limites estabelecidos pela Constituição.

Neste contexto, teria sido preferível consagrar soluções adicionais no sentido de mitigar a opção pela manutenção de um regime de anonimato relativamente às dívidas anteriores a 7 de Maio de 2018, sendo certo que parece insuficiente a hipótese de abertura resultante do eventual consentimento dos dadores no sentido da revelação da sua própria identidade civil.

Neste cenário, a boia de salvação da constitucionalidade do regime passaria pela consagração de um modelo de aproximação de vontades, ou seja, da criação de uma estrutura (por exemplo, uma Comissão de Acesso às Origens Genéticas, a funcionar no âmbito do CNPMA) que agili-

zasse o contacto com o dador, no sentido de o sensibilizar e de facilitar a obtenção do consentimento para a revelação da sua identidade à pessoa gerada com recurso ao material biológico que, em tempos, foi objecto de dádiva.

Um regime dessa natureza existe, por exemplo, no Reino Unido, e é objecto de discussão na actual revisão do regime de anonimato vigente em França.

Na hipótese de não ser considerada suficiente, no plano da constitucionalidade, uma solução que exija o consentimento dador para a revelação da sua identidade, nestes casos de dádivas antes da alteração das regras, a transição para um modelo irrestrito (no tempo) da abolição do anonimato destes dadores poderia ser temperado (no sentido de proteger a posição do dador), com a consagração adicional de regras de *veto/preferência de contacto*.

A quarta observação respeita à circunstância de, no regime transitório, se determinar para as dádivas anteriores ao dia 07/05/2018 o “regime de confidencialidade da identidade civil do dador”<sup>20</sup>, sem que o legislador tivesse tido cuidado de determinar de forma clara e expressa que regime está em causa.

Pretendeu o legislador que as dádivas em causa ficassem sujeitas a um regime de *anonimato absoluto*? Ou constituiu intenção do legislador prorrogar, para essas dádivas, a vigência do regime declarado inconstitucional e que admitia alguma abertura no sentido da revelação da identidade do

<sup>20</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho.



dador, desde que existissem “razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”?

Se o legislador quisesse consagrar, para as dídivas antigas, um regime de anonimato mais severo do que aquele que vigorou até 2018, essa atitude seria pouco compreensível pois significaria, por certo, a aniquilação do regime por via da inconstitucionalidade, pois se o acórdão do TC aponta no sentido da abolição irrestrita do regime do anonimato, mal se compreenderia a imposição, por via legislativa, de um regime de anonimato absoluto.

O legislador querido consagrar, pensamos, a simples manutenção do regime de anonimato vigente ao tempo da dívida.

Porém, complicou o regime, ao embrenhar-se em referências adicionais, colocando na letra da lei que as dídivas em causa são abrangidas por um “regime de confidencialidade da identidade civil do dador”, e ao remeter a questão para uma remissão que é feita no n.º 2 do citado artigo 3.º, que manda aplicar, entre outras normas, o novo n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA, que analisaremos já de seguida.

### **3.1 Sentido do actual n.º 5 do artigo 15.º da Lei da PMA**

A norma constante do anterior n.º 4 do artigo 15.º da Lei da PMA (“sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”), e que continha a única abertura do regime anterior à revelação da identidade do dador, nos casos em que as pessoas geradas com recurso à PMA heteróloga manifestassem a sua vontade nesse sentido, foi mantida no

texto da lei, não obstante o regime determinar agora, expressamente, no n.º 2, que o acesso à identidade civil do dador lhes está franqueado, a mero pedido.

Não deixa, assim, de ser problemático perceber o alcance da opção do legislador e que tipo de situações procura a letra da lei cobrir.

Quem, e em que situações, pode, à luz da norma, recorrer à via judicial, invocando (*id est*, alegando e provando) ter “razões ponderosas” para conhecer a identidade de um dador?

Difícilmente um terceiro (que não o descendente biológico do dador) conseguiria demonstrar em juízo ter fundamento para aceder a tal informação.

A utilidade da norma pode estar associada à redacção restritiva que o legislador utilizou para definir, no n.º 2, a legitimidade para requerer o acesso à identidade do dador.

Diz-se aí que esse acesso é facultado às “pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dadora de gâmetas ou embriões”, o que aponta no sentido de apenas *a pessoa* gerada (e já não os seus familiares, parentes em linha rectal, ou outros) ter autorização legal para formular o pedido (e obter a informação respectiva).

Significa isto que os “netos” biológicos do dador, por exemplo, não poderão, nos casos em que o seu ascendente não tenha descoberto a identidade do dador (ou tendo-o feito, não lhes tenha revelado a informação atinente), utilizar a faculdade constante do n.º 2 do artigo 15.º, sendo remetidos para a necessidade de propositura de acção, onde terão o ónus de provar a existência de “razões ponderosas” para que o tribunal decida a seu favor.

Ou seja, mais uma vez, não bastará accionar o tribunal para tal desiderato. Esses familiares da pessoa gerada com recurso a gâmetas de dador terão de demonstrar, por exemplo, que, no contexto da tutela devida ao seu *direito ao conhecimento das origens genéticas* (aqui em segundo grau), sentem uma vontade atendível, e enquadrável no desenvolvimento da sua personalidade, de conhecer o dador ou dadora cujo espermatozóide ou ovócito foi utilizado para gerar o seu avô ou a sua avó.

Também não parece ter sido a intenção do legislador manter a regra em questão para a mesma ser utilizada nos casos em que ocorreu uma dádiva de material biológico de natureza privada (através de um “dador de simpatia”), fora do sistema da procriação medicamente assistida, pois, neste tipo de situações, a norma seria desnecessária, na medida em que se aplica aí o *princípio biologista*, que até permite o estabelecimento de vínculos de filiação relativamente ao dador.

Uma hipótese possível para a permanência da norma no regime agora constante do artigo 15.º da Lei da PMA pode estar mesmo associada, apenas, ao problema do regime transitório a aplicar às dádivas anteriores a 7 de Maio de 2018. Ou seja, a cláusula de levantamento judicial do anonimato do dador valeria apenas para aquelas dádivas que continuam sujeitas, ainda, a uma regra de segredo quanto à identidade civil do dador.

A ser essa a intenção do legislador, porém, o ponto não ficou claro na lei e pode dar azo a futuros problemas nesta matéria, com o surgimento, em sede judicial, de pedidos para aceder à identidade civil do dador formulados por quem já não está a actuar, nessa sede, no exercício do *direito ao conhecimento das origens genéticas*.

#### 4. Em conclusão: proposta de soluções mais harmonizadoras dos interesses em conflito

Pensamos que o legislador português, cumprindo a sua vinculação à tutela do *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, deveria optar pela regra da admissibilidade, como ponto de partida, do conhecimento, pela pessoa gerada, da identidade do dador do espermatozoides, dos ovócitos ou do embrião.

Porém, como forma de atribuir o necessário equilíbrio ao sistema, deveria consagrar-se legalmente a possibilidade de essa faculdade ser paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a protecção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinassem.

Assim sendo, a invocação de “razões ponderosas”, conceito que a Lei da PMA acolheu desde 2006, ao invés de servir para justificar excepcionalmente a quebra do anonimato, como acontecia até 2018, deveria corresponder a um apelo, por parte do dador, a uma cláusula de salvaguarda que evitasse a revelação da sua identidade, nos casos em que, comprovadamente, essa revelação lhe causasse um prejuízo maior do que aquele que a efectivação do *direito a conhecer as origens genéticas* visasse evitar.

Com este modelo, e pensamos que no cumprimento do entendimento que resulta do Acórdão do TC de 2018, o interesse tutelado, em primeira linha, passaria a ser o *direito ao conhecimento das origens biológicas*, e o legislador enviaria uma mensagem suficientemente tranquilizadora aos potenciais dadores, de tal forma que estes saberiam poder contar

com alguma protecção legal em caso de futura concretização de pretensão revelatória, contribuindo-se, assim, para evitar a diminuição de dádivas.

O argumento da dificuldade de obtenção de dadores não pode, pois, ser totalmente ignorado. As experiências mostram que os regimes sem anonimato lutam com maior dificuldade pela obtenção de dadores, situação que não pondo em causa o funcionamento da PMA, não deixa de lhe colocar problemas. Quando se transita para um modelo sem anonimato, a diminuição de dadores tenderá a não ser drástica, mas existirá (pelo menos, até se atingir um reequilíbrio resultante da modificação do perfil do dador).

O sistema da PMA português, por exemplo, convive com grande dificuldade de obtenção de dadores nacionais, não restando grande alternativa que não seja o recurso a material biológico proveniente do estrangeiro. Uma abolição total e irrestrita do anonimato coloca, ainda, mais pressão neste cenário.

Acresce que a PMA beneficia com a disponibilidade de uma grande variedade de material biológico.

A existência de mais gâmetas objecto de dádiva significa que os médicos terão a possibilidade de escolher melhor o material biológico para utilizar na PMA, o que seguramente contribuirá para o incremento das taxas de sucesso.

O regime que propomos não diz ao dador que a sua identidade não será revelada, mas garante-lhe que, no momento em que essa pretensão de conhecimento for apresentada, terá a possibilidade de alegar e provar factos em defesa dos seus legítimos interesses, não se limitando a ser um *convidado de pedra* no procedimento tendente à revelação

da sua identidade. Essa solução parece-nos mais tranquilizadora para os potenciais dadores e, por isso, potenciadora dos impulsos de dádiva.

Defendemos, assim, um regime que procura equilibrar as posições envolvidas na PMA heteróloga, criando condições para uma *concreta* harmonização dos interesses conflitantes.

Muitas das propostas de soluções supostamente harmonizadoras para o problema do anonimato/revelação da identidade conseguem apenas uma harmonização teórica, em geral e abstrato, não assegurando que, no caso concreto, se faça a devida ponderação dos interesses de cada uma das partes, por forma a que seja oferecida uma decisão a favor daquela que mais tutela merece no caso.

Defendemos, ao contrário, uma solução centrada no *caso concreto*, através da possibilidade de os dois lados da equação oferecerem os seus argumentos, a favor ou contra a revelação da identidade do dador.

No plano técnico, a construção de uma solução deste tipo poderia passar pelo seguinte esquema: quando o indivíduo gerado com recurso à PMA heteróloga atingisse a idade adulta (ou antes disso, aos 16 anos) poderia formular um pedido de revelação da identidade do dador ao CNP-MA, o qual, detentor dessa informação, ficaria encarregado de, sob reserva, estabelecer contacto com este, informando-o de que dispunha de um certo prazo (que deveria ser curto, por exemplo 15 ou 30 dias) para requerer ao tribunal (num processo necessariamente coberto pelo segredo) a existência, no seu caso concreto, de “razões ponderosas” para a não revelação da sua identidade.



Neste momento, o tribunal teria todos os elementos necessários à ponderação dos interesses conflitantes, estando em condições de decidir pela *revelação da identidade do dador* ou pela manutenção *anonimato* deste, em função daquilo que fosse concretamente alegado e provado no processo.

Caso o dador nada dissesse naquele prazo, ou desse a sua anuência à revelação da própria identidade, o tribunal não precisaria intervir, sendo facultada, pelo CNPMA, à pessoa nascida com recurso à PMA, a correspondente informação relativa à identidade civil do dador. Neste caso, ao facultar essa informação, o CNPMA não procederia a qualquer composição de interesses conflitantes e limitar-se-ia a efectivar um direito do requerente, ante o silêncio do dador.

Querendo tutelar ainda mais o *direito ao conhecimento das origens biológicas*, poderia determinar-se que, requerida a revelação da identidade do dador ao CNPMA, o dador seria contactado, e, para poder paralisar a revelação da sua própria identidade, teria que formular um pedido junto do Ministério Público, que faria a análise da pretensão e decidiria acerca da sua viabilidade.

Por outro lado, seria de admitir que, logo no pedido dirigido ao CNPMA, pela pessoa gerada com recurso à PMA, fossem por aquela invocados fundamentos que pudessem ser tidos em conta pelo tribunal (ou pelo Ministério Público, se se optasse por erigir este “filtro”) no momento de proceder à concreta ponderação dos interesses em jogo.

Uma solução desta natureza teria, pensamos, a vantagem precípua de resolver o problema do anonimato/revelação da identidade num contexto casuístico de ponderação dos interesses envolvidos.

Nesta, como em muitas outras situações de *colisão de direitos*, a solução que se impõe é a adjudicação aos interesses prevalecentes, sempre dentro dos limites constitucionalmente definidos para as restrições aos direitos fundamentais.

## Referências

- ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, coord. José de Oliveira Ascensão, vol. III, Almedina, 2009, pp. 25-50;
- JAYME, Eryk, “Pós-modernismo e direito da família”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 78, 2002, pp. 209-221;
- LOUREIRO, João Carlos, “O nosso pai é o dador n.º XXX: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heterológica”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Coimbra, 2010, pp. 5-42;
- , “Quis Saber Quem Sou”: Direito à Identidade Pessoal e Procriação Medicamente Assistida Entre a Ocultação Mimetica e a Revelação Aletica. Em Diálogo com Miguel Oliveira da Silva”, in ANTUNES, Maria João/ SILVESTRE, Margarida (org.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal — Atas do Colóquio Internacional*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, pp. 63-106;

- OLIVEIRA, Guilherme de, “Estudos de direito da família: 4 movimentos em direito da família”, Almedina, 2020;
- PATTI, Salvatore, “Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche”, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milão, ano 16, n.º 3-4, 1987, pp.1315-1323;
- REIS, Rafael Vale e, *Procriação medicamente assistida, gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas*, Gestlegal, Coimbra, 2022



rocriação Medicamente  
ssistida - reflexões



PROFESSORES DE DIREITO  
NA  
SALA DE HISTÓRIA

Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa

Doutor Sebastião Costa Cruz

Doutor Jorge de Figueiredo Dias

Doutor Rui Nogueira Lobo de Alarcão e Silva

Doutor António dos Santos Justo

Doutor Peter Hünerfeld

Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Doutor Rui Manuel de Figueiredo Marcos

Doutor José Casalta Nabeis

Doutor José Manuel Aroso Linhares

Doutor António Alberto Vieira Cura

Doutor Fernando Aves Correia



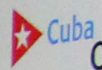












- Express
- Respei
- parte
- Reflexo
- Visão n
- **Pluralis**
- **Inclusã**
- **Secular**
- Papel d
- Não é u









