

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

PARENTALIDADE E FILIAÇÃO

JURISDIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

DEZEMBRO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ


Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta





O trabalho realizado pela Jurisdição da Família e das Crianças do Centro de Estudos Judiciários ao longo dos anos ao nível da formação contínua de juízes/as e magistrados/as do Ministério Público é uma referência de qualidade: pela actualidade dos temas de reflexão, pela escolha variada dos oradores, pela qualidade das intervenções.

Este e-book é mais uma prova!

Sobre a matéria da parentalidade e da filiação aqui se reúnem 8 textos, apresentações e vídeos que enchem de orgulho o CEJ por poder disponibilizar à Comunidade Jurídica mais este acervo documental, onde se aborda a temática da família contemporânea e dos seus novos desafios (Margarida Mesquita), o direito à filiação e à parentalidade e os seus novos caminhos (Miguel Oliveira da Silva e Maria Margarida Silva Pereira), o direito ao (re)conhecimento da paternidade (Graça Amaral), as recentes alterações no Direito da Família (Rafael Vale e Reis), o artigo 1904.ºA do Código Civil (Cecília Peixoto) e a abordagem do TEDH a estas matérias, incluindo as "barrigas de aluguer" (António Marcelo dos Reis e Ana Filipa Redondo, Filipa Valente e Maria João Esteves).

Assim se continua a cumprir a função do CEJ!

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Parentalidade e Filiação

Jurisdição da Família e das Crianças:

Ana Teresa Pinto Leal (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição*)

Chandra Gracias (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Pedro Raposo de Figueiredo (Juiz de Direito e Docente do CEJ*)

Maria Oliveira Mendes (Procuradora da República e Docente do CEJ*)

Ana Maria Carvalho Massena Carreiro (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição**)

Maria Gomes Bernardo Perquilhas (Juíza de Direito e Docente do CEJ**)

José Eduardo Gonçalves Barbosa Lima (Procurador da República e Docente do CEJ**)

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2015/2016:

Parentalidade e filiação – 5 de fevereiro de 2016 (programa)

Plano de Formação 2017/2018

Temas de Direito da Família e das Crianças – 5 e 12 de janeiro e 16 e 23 de fevereiro de 2018 (programa)

Conceção e organização:

Jurisdição da Família e das Crianças

Intervenientes:

Margarida Mesquita – Professora Auxiliar do ISCSP – Universidade de Lisboa

Miguel Oliveira da Silva – Médico e Professor na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa

Maria Margarida Silva Pereira – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Graça Amaral – Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa e Coordenadora Regional do CEJ – Évora

Rafael Vale e Reis – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cecília Peixoto – Juíza de Direito – Comarca de Aveiro – Juízo de Comércio de Oliveira de Azeméis

António Marcelo dos Reis – Juiz de Direito – Comarca de Faro – Juízo de Comércio de Olhão da Restauração

Ana Filipa Redondo, Filipa Valente e Maria João Esteves – Auditoras de justiça do 32º Curso de Formação do CEJ

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

*Desde setembro de 2018.

** À data da realização das Ações de Formação.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – Título [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –27/12/2018	09/12/2020

Parentalidade e filiação

Índice

1. Parentalidade e filiação – os tempos modernos	9
Margarida Mesquita	
1.1. Introdução	11
1.2. Uma sociedade em mudança e o duplo constrangimento na Parentalidade	12
1.3. Famílias: da modernidade à contemporaneidade	14
1.4. Desafios e potenciais problemas	16
1.5. Concluindo	18
1.6. Bibliografia	19
2. Direito à filiação e à parentalidade	21
Miguel Oliveira da Silva	
3. Novos caminhos abertos ao direito à filiação e à parentalidade	47
Maria Margarida Silva Pereira	
4. O direito ao (re)conhecimento da paternidade	51
Graça Amaral	
5. Alterações recentes no Direito da Família	77
Rafael Vale e Reis	
5.1. Introdução	79
5.2. Alterações em matéria de adopção e do direito do adoptado ao conhecimento das origens genéticas	79
5.3. O regime de (im)prescritibilidade das acções de investigação de maternidade e paternidade	85
5.4. A maternidade de substituição e o designado “direito ao arrependimento”	88
5.5. Notas finais	90
6. Os teus... são meus? (art.º 1904.º A do Código Civil)	93
Cecília Peixoto	
6.1. Interpretação do novo regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais do artigo 1904º-A do Código Civil	95
6.2. Outras alterações legislativas decorrentes da Lei n.º137/2015, de 7 de setembro	101
6.3. O tratamento da questão no direito estrangeiro	102
6.4. Necessidade de proteção jurídica das relações da criança com terceiros	103
6.5. Necessidade de alterações legislativas?	106
6.6. Dificuldades na aplicação da lei – casos omissos	107
6.7. Bibliografia	108

7. Filiação e parentalidade à luz da jurisprudência do TEDH	111
António Marcelo dos Reis	
7.1. Noções gerais	113
7.2. O papel dos juristas do TEDH	114
7.3. Estrutura dos acórdãos do TEDH nesta matéria	114
7.4. A definição de vida familiar	115
7.5. Margem de apreciação e melhor interesse do menor	115
7.6. O “valor acrescentado”, para as jurisdições portuguesas, do acórdão Soares de Melo contra Portugal (queixa n.º 72850/14)	116
8. A “barriga de aluguer”: questões jurídicas associadas e a jurisprudência do TEDH	119
Ana Filipa Redondo, Filipa Valente e Maria João Esteves	121

1.

Parentalidade e filiação – os tempos modernos

Margarida Mesquita



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. PARENTALIDADE E FILIAÇÃO – OS TEMPOS MODERNOS

Margarida Mesquita*

- 1.1. Introdução
 - 1.2. Uma sociedade em mudança e o duplo constrangimento na Parentalidade
 - 1.3. Famílias: da modernidade à contemporaneidade
 - 1.4. Desafios e potenciais problemas
 - 1.5. Concluindo
 - 1.6. Bibliografia
- Vídeos da apresentação

1.1. Introdução

As profundas e aceleradas mudanças, verificadas nas sociedades ocidentais, tiveram substanciais impactos na Família, em geral, e na Parentalidade, em particular. Se, por um lado, a profundidade das mudanças se refletiu em várias dimensões, nomeadamente nas representações sociais, isto é, naquilo que se considera como sendo o ideal, nas expectativas, isto é, naquilo que cada indivíduo, considerando o seu caso em particular, espera que venha a ocorrer, e nas práticas, ou seja no modo como efetivamente se é pai ou mãe. Por outro lado, a rapidez das mudanças verificadas leva a que muitas não se encontrem ainda consolidadas e que perdurem aspetos que vêm do passado.

Ser pai ou mãe implica, fundamentalmente, o envolvimento com os filhos e a relação com o outro elemento do casal parental nas questões que dizem respeito ao exercício da Parentalidade. Donde, o conceito de Parentalidade abarca duas dimensões: o envolvimento parental e a coparentalidade.

O envolvimento parental corresponde ao empenhamento do pai e da mãe no desempenho dos seus papéis parentais e no concernente à relação que estabelecem com o filho (Mesquita, 2013), podendo ser entendido na perspetiva de “*engagement*”/“*interaction*” mas podendo incluir, também, “*accessibility*” e “*responsability*” (Hall, 2005). A coparentalidade diz respeito à interação, ligação, estabelecida entre os progenitores com vista ao exercício da parentalidade, ou seja, ao modo como o casal parental (pai e mãe), no exercício das suas funções paternas e maternas, cooperam, isto é, agem conjuntamente ou interagem (Mesquita, 2013).

Nos países ocidentais, ambas as dimensões da Parentalidade têm sofrido impactos das mudanças ocorridas nas sociedades, em geral, e das mudanças ocorridas nas famílias, em particular. Assim, entre as diferentes mudanças com impacto na Parentalidade destacam-se algumas verificadas no sistema sociopolítico e cultural e outras nas famílias.

Ao nível do sistema sociopolítico e cultural, foram particularmente relevantes as mudanças verificadas ao nível do crescente interesse pelas crianças e pela infância, as mudanças

* Professora Auxiliar do ISCSP - Universidade de Lisboa.

decorrentes da progressiva integração das mulheres (mães) no mercado de trabalho e as mudanças ocorridas nas relações Estado-Família. Por outro lado, enquanto sistemas abertos, as famílias integraram e foram simultaneamente impulsionadoras de mudança. Em seguida, apresentam-se de forma resumida algumas das principais mudanças verificadas ao nível do sistema sociopolítico e cultural e as ocorridas na família. Não obstante a estreita interdependência entre as diferentes mudanças, para facilidade de exposição serão abordadas separadamente.

A finalidade de apresentar o contexto de mudanças verificadas nas sociedades ocidentais e, em particular, nas famílias, é possibilitar uma melhor compreensão dos seus impactos na Parentalidade entre os quais se destacam a complexificação dos papéis de pai e de mãe e o suscitar de desafios e problemas com que os pais e as mães contemporâneos têm de lidar quotidianamente.

1.2. Uma sociedade em mudança e o duplo constrangimento na Parentalidade

Na tese de Philippe Ariès, o primeiro verdadeiro sentimento pela infância terá surgido no séc. XVI. Até então às crianças apenas era dedicada alguma “paparicação” e apenas enquanto não se conseguiam desenvencilhar por si próprias, momento a partir do qual passavam a ser vistas como adultas. Não havia, por isso, durante a Idade Média, um verdadeiro sentimento de infância, no sentido como hoje a entendemos, verificando-se alguma indiferença e desinteresse para com as crianças, as quais cresciam frequentemente afastadas da família, sendo socializadas fundamentalmente através do contacto com os adultos e sem qualquer controle da família. Nesta época, a relação dos pais com os filhos baseava-se fundamentalmente numa relação de poder absoluto dos primeiros sobre os segundos.

No século XVI terá emergido um novo sentimento pela criança, associado à ideia de infância como idade vulnerável e inocente, o que veio mudar o estatuto da criança. Neste contexto, durante os séculos XVII e XVIII, vão-se consolidando as preocupações com a sobrevivência das crianças, a sua proteção e educação. Pode dizer-se que, desde então, a saúde e a educação constituem duas das principais dimensões do envolvimento parental.

Por outro lado, com especial ênfase ao longo do século XX, assistiu-se ao desenvolvimento do interesse pelas crianças na ciência, o que desencadeou a constituição de vários ramos de especialização na área da infância (ex. pediatria, sociologia da infância, etc.) e, sobretudo, levou à produção de saberes que nos permitem contemporaneamente conhecer e compreender melhor as crianças, identificar as suas necessidades e, também, conhecer os efeitos de as mesmas não serem atendidas. Teorias como as de Freud, Piaget, entre outros, são, não só desenvolvidas, como amplamente divulgadas. O êxito do livro “Meu Filho Meu Tesouro”, do Dr. Spock, junto sobretudo das mães mas também dos pais, constitui um bom exemplo de como os pais procuravam esse tipo de conhecimento.

Por outro lado, na área jurídica assiste-se a importantes mudanças no que às crianças diz respeito. Com certeza que o principal marco nesta matéria terá sido a aprovação na ONU da

Convenção sobre os Direitos da Criança, não só porque compromete os estados que a ratificaram, entre os quais Portugal, ao respeito do seu articulado já que se trata de uma convenção mas, também, porque nela se assume a criança como sujeito de direito e se reflete uma visão mais contemporânea da criança, introduzindo direitos que vão além dos de proteção e provisão e se estendem à participação. Naturalmente que outros progressos na área jurídica tinham já sido conquistados e haviam preparado o campo para esta Convenção, entre os quais se destaca a aprovação da Declaração Universal dos Direitos das Crianças e uma visão mais pedocêntrica na área do Direito da Família.

Uma outra mudança, com importantes impactos na Parentalidade, foi a crescente integração das mulheres no mercado de trabalho, porquanto esta integração veio abalar a base em que assentava a funcionalidade familiar. No modelo bem descrito por Talcott Parsons, a família nuclear assentava numa estrutura com dois eixos de diferenciação: etário e sexual. O eixo sexual distingue o papel instrumental do homem do papel expressivo da mulher. Onde, na família moderna, o homem era sobretudo visto como o provedor de sustento da família, enquanto o papel da mulher era centrado nas questões domésticas e de cuidados aos filhos. Por outro lado, o eixo etário distinguia adultos (mulher e homem; pai e mãe) das crianças e jovens (filhos e filhas) com base no maior poder dos primeiros em relação aos segundos. A crescente integração das mulheres no mercado de trabalho, associada à defesa de valores mais democráticos e igualitários nas relações sociais, iria refletir-se em mudanças ao nível da Parentalidade no sentido de atenuação das diferenças verificadas em função de ambos os eixos.

No que concerne às relações Estado-Família destacam-se duas importantes mudanças.

Por um lado, o que se passa na Família deixa de ser visto como fazendo exclusivamente parte da esfera doméstica (por exemplo, em situações em que a família coloque ela própria a criança em perigo ou não se mostre capaz de proteger a criança de uma situação de perigo, o Estado passa a poder intervir no sentido de proteger a criança e acautelar os seus direitos).

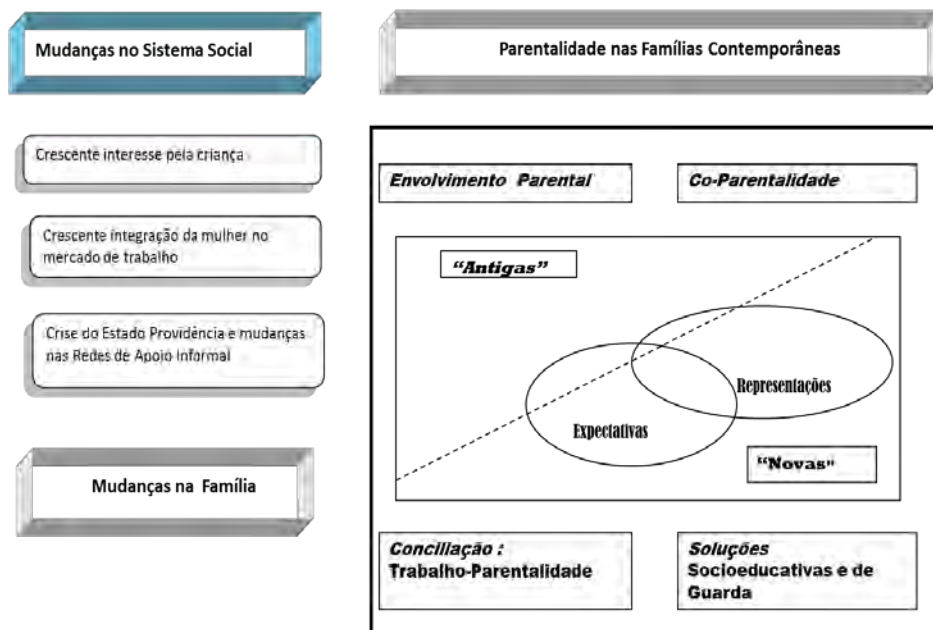
Por outro lado, ao nível das políticas sociais de apoio às famílias, em geral, e à Parentalidade, em particular, não só as mesmas variam consoante os regimes políticos vigente em cada país como muitos estados viram-se condicionados pelos efeitos da crise do Estado Providência.

Tudo isto num contexto de mudanças em que a integração crescente das mulheres no mercado de trabalho torna particularmente importantes os apoios ao nível das soluções socioeducativas e de guarda das crianças de modo a possibilitar a integração profissional de ambos os progenitores no mercado de trabalho. Acresce que as quebras nos índices sintéticos de fecundidade, no mundo ocidental em geral, veio contrair as redes familiares de potenciais apoios às famílias.

Numa sociedade em que se tem cada vez menos filhos, isso significa também que se terá menos tios, irmãos, cunhados, primos...e por aí adiante, que possam apoiar os pais e mães no exercício da Parentalidade.

Figura 1

Contexto de mudanças e impactos na Parentalidade



Fonte: Mesquita, Margarida (2014). Parentalidade(s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas; Lisboa; ISCS

1.3. Famílias: da modernidade à contemporaneidade

Considerando o período histórico mais recente e no concernente às mudanças verificadas nas famílias nas sociedades ocidentais, podem identificar-se, por referência às famílias tradicionais, dois períodos de mudanças que irão ser simultaneamente integradas e impulsionadas pelas famílias. Assim, ao período entre a revolução industrial e os anos sessenta, corresponde o modelo das designadas famílias modernas. A partir daí até à atualidade, emerge o modelo das designadas famílias contemporâneas cujas características marcam as famílias da atualidade. Estas mudanças teriam importantes impactos, tanto ao nível do que se entende como sendo o papel de um pai e o papel de uma mãe, como, também, ao nível do modo como se exercem esses papéis.

Uma das principais mudanças decorre da importância dada aos afetos.

Por um lado, ao nível da conjugalidade a escolha do cônjuge passa a basear-se na ideia de amor romântico, o que faz com que a constituição da família passe a ser mais espontânea e livre, por comparação aos tempos em que predominavam os casamentos combinados entre famílias e em que preponderavam frequentemente as questões patrimoniais.

Por outro lado, em contraste com as famílias numerosas do passado e em que os filhos tinham sobretudo uma função instrumental, o novo sentimento pelas crianças conduzirá à tendência para se ter menos filhos (salvaguardando os anos do designado *baby boom*) porque ao valor afetivo que passam a ter para as mães e para os pais se associa o desejo destes em

proporcionar aos seus filhos as condições necessárias ao seu efetivo desenvolvimento e bem-estar.

Contudo, tal como sugerem alguns autores, se esta preocupação com as próprias crianças pode explicar a primeira quebra nos índices sintéticos de fecundidade, a verdade é que a segunda quebra, após os anos do *baby boom*, não pode ser dissociada do facto de um crescente grupo de homens e mulheres restringirem a sua fecundidade por verem os filhos como um empecilho à sua realização em outras esferas. Apesar disso, numa espécie de inversão da lógica economicista, é inegável que os filhos se tornaram “raros” quando passaram a ser valorizados.

Em termos de estrutura familiar, durante a modernidade, predominam as famílias nucleares, por contraposição às famílias alargadas do passado, assentes numa acentuada divisão de papéis em função do sexo e da idade, tal como atrás se referiu.

As ruturas familiares eram raras, pelo que as situações em que a criança vivia com apenas um dos progenitores resultavam fundamentalmente da morte do outro progenitor ou de um contexto de emigração.

Pelo contrário, a contemporaneidade caracteriza-se por uma pluralidade de tipos de convívios familiares, não só decorrentes do aumento significativo de ruturas familiares, como também da emergência de novos tipos de família.

Por outro lado, assiste-se à diminuição do número de casamentos e ao aumento das uniões de facto.

Além disso, no passado, a Parentalidade era sobretudo entendida num contexto de projeto de vida a dois, enquanto contemporaneamente já não é necessariamente assim. Onde, aumentam as situações em que se planeia ter filhos sem casar e, também, as situações em que ter filhos não conduz necessariamente a uma vida a dois e muito menos ao casamento. Por esta razão, são cada vez mais diversificados os contextos familiares em que as crianças vivem e é cada vez mais provável que uma mesma criança experiencie mudanças no seu contexto familiar.

Do ponto de vista funcional, nas famílias contemporâneas atenuaram-se as diferenças de género (quer entre adultos quer entre filhos e filhas) e, também, de poder entre gerações.

Na legislação, a expressão autoridade parental viria a ser substituída pela expressão responsabilidade parental.

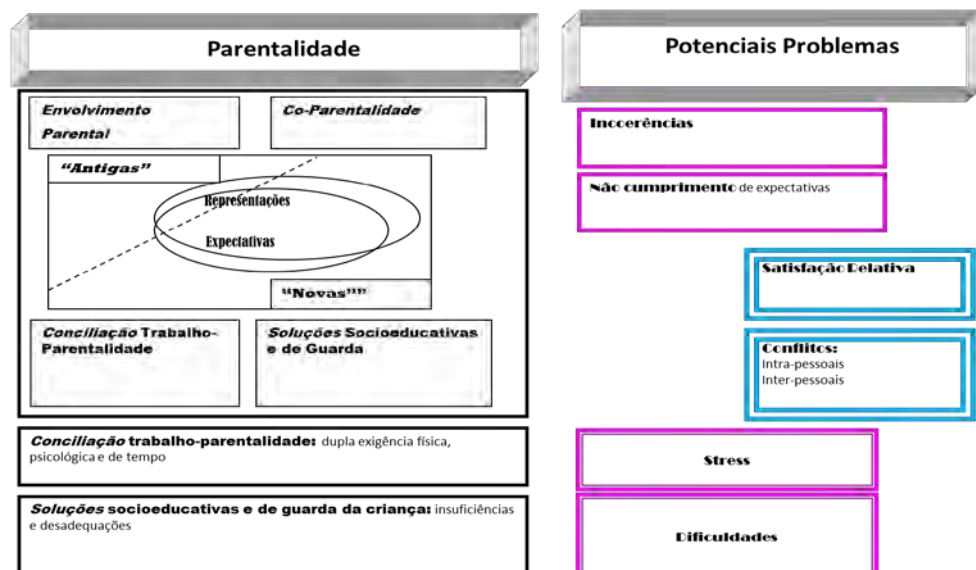
Na psicologia os estudos mostram que o estilo educativo parental que produz efeitos mais positivos na criança é o persuasivo, em que ambos os pais se encontram envolvidos e são exigentes, em contraposição com os estilos autoritário, permissivo e negligente. Pode, pois, dizer-se que as famílias são hoje mais igualitárias, embora persistindo diferenças nas práticas com sobrecarga das mulheres, e democráticas.

Por outro lado, hoje os pais e mães são em média mais velhos (tem-se filhos mais tarde) e em geral são mais instruídos (não obstante persistam desigualdades sociais).

1.4. Desafios e potenciais problemas

A rapidez das mudanças verificadas nas sociedades ocidentais potenciou a coexistência de representações, expectativas e práticas mais ou menos conservadoras com outras mais ou menos progressistas, no que à Parentalidade diz respeito. Deste modo, a Parentalidade é vivida contemporaneamente num contexto que potencia a ocorrência de conflitos internos, porquanto no mesmo indivíduo (pai ou mãe) podem coexistir referenciais mais contemporâneos com outros do passado e, do mesmo modo, as práticas podem ser ambivalentes e nem sempre coincidentes com as representações. Considerando que a Parentalidade implica habitualmente o exercício da coparentalidade, a Parentalidade pode tornar-se ainda mais complexa, porquanto a coexistência, num mesmo indivíduo, de representações e práticas nem sempre consistentes e nem sempre coincidentes podem ser “exponenciadas” quando em relação, o que potencia a existência de conflitos relacionais. Deste modo, poderão ocorrer incoerências entre o que é representado como ideal e aquelas que são as práticas efetivas no exercício da Parentalidade o que pode suscitar sentimentos de culpa. Por outro lado, é também possível que as expectativas se aproximem sobretudo das representações e sejam desmentidas pelas práticas, suscitando sentimentos de frustração em relação a si próprio e ao outro elemento do casal parental.

Figura 2
Potenciais problemas na Parentalidade



Fonte: MESQUITA, Margarida (2014). Parentalidade(s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas; Lisboa; ISCSP.

Por outro lado, a crescente integração das mulheres (mães) no mercado de trabalho conduziu a um crescente número de famílias em que ambos os elementos do casal parental exercem uma profissão, o que coloca às famílias contemporâneas dois desafios: conciliar trabalho com

Parentalidade, o que frequentemente suscita stresse, porquanto ambas as esferas são exigentes e exercidas habitualmente em tempos e espaços diferenciados, o que pode suscitar sentimentos de culpa e frustração quando (por falta de tempo, cansaço físico ou cansaço psicológico) os pais ou as mães sentem que não estão a ser os pais e mães que desejariam ser; encontrar soluções socioeducativas e de guarda para os filhos enquanto ambos trabalham, o que nem sempre é fácil, porquanto os pais e mães estão dependentes das ofertas disponíveis na comunidade, as quais nem sempre correspondem às suas necessidades, e em última instância das políticas sociais de apoio ao exercício da Parentalidade, particularmente importantes quando na contemporaneidade estes pais e mães deixaram de poder contar com o apoio de extensas parentelas.

No estudo realizado por Mesquita (2013, 2014) verificou-se um desigual envolvimento na Parentalidade entre pais e mães, estando os pais tanto ou menos envolvidos do que as mães. Contudo, os pais tinham condições de trabalho que lhes eram mais desfavoráveis à conciliação com o exercício da Parentalidade. Em termos dos diferentes problemas encontrados, o stresse na conciliação Trabalho-Parentalidade foi identificado como um dos centrais já que a maioria dos progenitores sentia-se frequentemente stressada (encontrando-se 78% no nível mais alto de stresse) e esse stresse tinha relações diretas e indiretas com os outros problemas, em particular com os conflitos internos e relacionais.

Figura 3

Problemas na Parentalidade

ÍNDICES	GRUPOS DE STRESSE					
	Alto		Médio		Baixo	
	F	%	F	%	F	%
Stresse Global	281	78,5	40	11,2	37	10,3
Não cumprimento de expectativas	97	27,1	45	12,6	216	60,3
Conflitos internos	30	8,4	99	27,7	229	64,0
Dificuldades	38	10,6	15	4,2	305	85,2
Conflitos relacionais	12	3,4	12	3,4	334	93,3
Incoerências	12	3,4	7	2,0	339	94,7

No mesmo estudo (Mesquita, 2013 e Mesquita, 2014) verificou-se, ainda, que os problemas tendiam a estar correlacionados entre si, existindo um grupo de progenitores mais desfavorecido em termos de Parentalidade, em virtude de concentrar vários problemas e vivenciando-os de modo mais acentuado. Alguns fatores tinham um efeito positivo no número de problemas vivenciados e na intensidade com que eram experienciados como seja o modelo de Parentalidade ser mais igualitário.

1.5. Concluindo

As profundas e aceleradas mudanças verificadas nas sociedades ocidentais suscitaram um contexto duplamente constrangedor ao exercício da Parentalidade na contemporaneidade: a Parentalidade tornou-se mais complexa e exigente (por força da importância reconhecida às crianças, das descobertas científicas, dos novos direitos das crianças...) ao mesmo tempo que diminui a disponibilidade para a exercer (pais e mães ambos integrados no mercado de trabalho, com menos possibilidade de serem apoiados pelas famílias em virtude da contração da rede familiar...). Entre os principais desafios que se colocam aos pais e mães na contemporaneidade encontram-se a necessidade de corresponder às exigências da Parentalidade, conseguir conciliar o trabalho com a Parentalidade e encontrar soluções socioeducativas e de guarda para os seus filhos para os períodos em que se encontram a trabalhar.

A rapidez e profundidade das mudanças verificadas na sociedade, em geral, e nas famílias e Parentalidade, em particular, suscitaram um contexto potenciador de problemas no exercício da Parentalidade. Entre esses problemas podem identificar-se (na ordem de frequência e intensidade com que foram verificados no estudo de Mesquita, 2014):

- O stresse na conciliação do trabalho com a Parentalidade;
- Não cumprimento de expectativas, conflitos internos e relacionais;
- Dificuldades ao nível das soluções socioeducativas e de guarda das crianças; e
- Incoerências entre o considerado ideal e as práticas.

Em suma, pode dizer-se que nas famílias contemporâneas a Parentalidade é vivida num duplo constrangimento, mais complexidade e menos disponibilidade, e num contexto gerador de desafios e potenciador de problemas.

Donde, contemporaneamente, as crianças vivem numa multiplicidade de tipologias familiares com diferentes especificidades e têm maior probabilidade de vivenciar mudanças na sua tipologia familiar de origem, vivem em famílias em que as relações são mais igualitárias e mais afetivas, têm pais/mães que não são necessariamente casados e que tendem a ter mais idade e a ser mais instruídos, vivem em famílias centradas nos filhos mas em que frequentemente o pai e a mãe têm pouca disponibilidade e vivenciam conflitos internos e relacionais, vivem em famílias cujos quotidianos são marcados por novos tipos de interseção com o exterior mas têm menos irmãos, tios, primos, têm avós mais velhos...

Logo, todos os que de algum modo exerçam atividades profissionais que envolvam famílias e crianças ou jovens, sejam eles legisladores, juristas, interventores sociais ou outros, deverão estar preparados para os desafios suscitados por uma realidade que é multifacetada e que importa conhecer e compreender.

1.6. Bibliografia

- Ariès, P. (1981). *História Social da Criança e da Família*. Zahar Editores.
- Cunha, V. (2007). *O lugar dos filhos: Ideias, práticas e significados*. Lisboa: ICS.
- Hall, S. S. (Dec/2005). *Change in paternal involvement from 1977 to 1997: a cohort analysis*. *Family and Consumer Sciences Research Journal*, vol.34 (2), pp. 127-139.
- Maccoby, E. E., & Martin, J. A. (1983). *Socialization in the Context of the Family: Parent-Child Interaction*, in P. H. Mussen, & E. M. Hetherington (Eds.), *Handbook of Child Psychology: Vol. 4. Socialization, Personality, and Social Development* (pp. 1-101). New York: Wiley.
- Mesquita, Margarida
 (2014). Parentalidade(s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas; Lisboa; ISCSP.
 (Out/2014). A decisão de (não) ter (mais) filhos, *Barómetro Social*, Instituto de Sociologia, Universidade do Porto.
 (2013). Parentalidade: um contexto de mudanças; Lisboa; ISCSP.
 (Jun/2013). Discursos em torno do apoio dos avós, *Barómetro Social*, Instituto de Sociologia, Universidade do Porto.
<http://barometro.com.pt/archives/1028>
 (Fev/2013). *Parentalidade: contributo para uma definição do conceito*, *Barómetro Social*, Instituto de Sociologia, Universidade do Porto.
<http://barometro.com.pt/archives/889>
 (2011). *Parentalidade nas famílias contemporâneas*, e-working paper, Sociologias, nº2
http://www.iscsp.utl.pt/images/stories/publicacoes/sociologias/sociologias_e_working_paper_n_2.pdf
 (2011). *Parentalidade(s) nas famílias nucleares contemporâneas com crianças em idade pré-escolar: dimensões, desafios, conflitos, satisfação e problemas*. Lisboa: Universidade Aberta.
 (1998). *A (Des) Estruturação Familiar in Política Social*; Lisboa; ISCSP (pp. 107 a 126).
- Monteiro, A. R. (2002). *A revolução dos direitos da criança*. Porto: Ed. Campo das Letras.
- Pinto, M. (1997). A Infância como construção social. In M. Pinto, & M. J. Sarmento, *As Crianças: Contextos e Identidades* (pp. 31-73). Braga: Centro de Estudos da Criança, Universidade do Minho.
- Pinto, M., & Sarmento, M. J. (1997). *As Crianças: Contextos e Identidades*. Braga: Centro de Estudos da Criança, Universidade do Minho.
- Saraceno, C., & Naldini, M. (2003). *Sociologia da Família*. Lisboa: Editorial Estampa.

Vídeos da apresentação

I.



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/12bru65mmt/flash.html?locale=pt>

II.



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/z7iz0xwko/flash.html?locale=pt>

2.

Direito à filiação e à parentalidade

Miguel Oliveira da Silva



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. DIREITO À FILIAÇÃO E À PARENTALIDADE

Miguel Oliveira da Silva*

Apresentação *Power Point*
Vídeo da apresentação



* Médico e Professor na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa.



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

▪ Saudar, agradecer ao CEJ



- Iniciativa institucional: ouvir cidadãos livres, *bottom-up*
- Exemplo de Democracia participativa
- Debate informado e alargado



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Constituição da República Portuguesa (art. 2º):

“A República portuguesa é um Estado de Direito democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural e o **aprofundamento da democracia participativa.**”

(desde a 1ª revisão, 1982)





Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Convenção de Oviedo, 1997, (art. 28º)

Convenção sobre os direitos do Homem e da Biomedicina

“As questões fundamentais colocadas pelo desenvolvimento da Biologia e da Medicina são objecto de um **debate público** apropriado, à luz (...) das implicações médicas, sociais, económicas, éticas e jurídicas pertinentes, e as suas possíveis aplicações são objecto de **consulta apropriada.**”



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

A Ética delibera sobre valores

(e sua escolha e hierarquia, valores que se traduzem em princípios),

e o modo como praticar e aplicar,
em cada caso concreto e, por vezes, irrepetível

os **DEVERES** que os realizam.





Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

“DESTRUIÇÃO DO EQUILÍBRIO ENTRE AS DIVERSAS CATEGORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.”



Jürgen Habermas (1929-)

Ensaio sobre a Constituição da Europa, Edições 70, Lisboa, 2012, p. 36



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

“O bem do indivíduo (direito a fazer escolhas livres) é considerado valor mais importante, senão o único, como se o **individualismo procriativo** fosse um valor absoluto que se impõe ao direito das crianças a conhecer a sua identidade.

Raramente foi tão importante sublinhar que **os direitos têm que ser equilibrados pelas responsabilidades**, os desejos pelos deveres, o egoísmo pelo altruísmo.”

Daniel Callahan (1930 -)

O bem social e o bem individual
In: FLAD, *A Condição Humana*, Lisboa, Dom Quixote, 2009





Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Questão de fundo

Não se questiona o tipo da família em que a criança cresce.



Quais os **deveres do Estado social*** para com as crianças oriundas de PMA por inseminação heteróloga anónima e/ou recurso a gravidez de substituição ?

“o melhor interesse da criança”

“os mais vulneráveis”

mera retórica ?

- *. Consultas SNS com enormes listas de espera
- . Comparticipa medicamentos usados na PMA
- . Referencia, pagando, para o sector privado



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Desde 2006 (lei 32/2006), há um acervo de bons **estudos consensuais** que apontam no sentido de as crianças oriundas de PMA quererem **poder saber a sua história biológica e genética.**





Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

↑ **Direitos dos pais** → **Deveres dos pais ?**



Direitos dos filhos ?

BEM INDIVIDUAL vs BEM COMUM



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

Manter a regra do anonimato na doação de gâmetas

≠

Não revelar aos filhos a sua história genética

Mas, NÃO HÁ ESTUDOS NACIONAIS



Porquê ?!

(má base de dados, desinteresse?)





Direito à filiação e à parentalidade

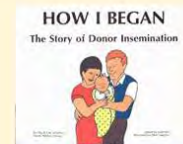
novas leis de PMA

Lei PMA 32/2006, artº 15

Admite excepções ao anonimato total do dador, por:



- i) razões de natureza genética;
- ii) projectado casamento;
- iii) decisão judicial.



“Regime mitigado de anonimato dos dadores”, Acórdão nº 101/2009



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Lei PMA 32/2006, artº 15

Excepções ao anonimato total do dador:



- **Só as pode invocar quem souber que resultou de doação de gâmetas !**
- **Não foram até hoje regulamentadas.**
- **Ninguém as invocou até hoje: não há jurisprudência.**
- **Pressupõem uma base de dados nacional, desde há vários anos, que não existe !**



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA



O Estado social:

i) tem deveres para que os jovens oriundos de PMA com inseminação anónima POSSAM EXERCER OS SEUS DIREITOS;

ii) Não pode relegá-los inteiramente para a esfera familiar.

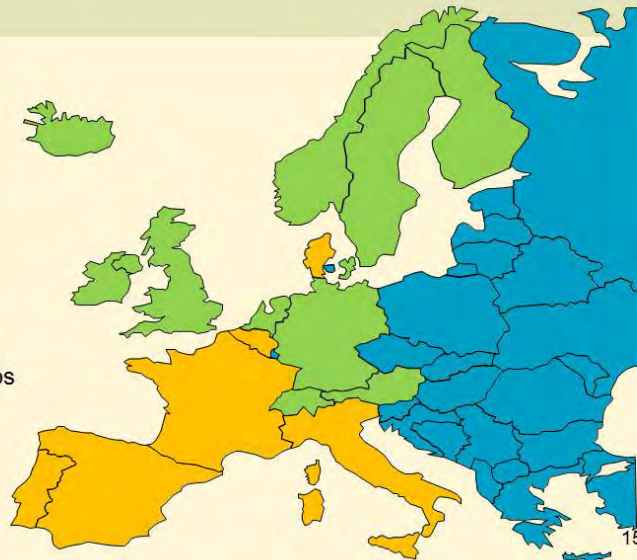
Também por isto, no

**NORTE DA EUROPA
JÁ ACABOU
O ANONIMATO NA DOAÇÃO DE GÂMETAS**



Anonimato na doação de gâmetas (2017)

■ Anónimos
■ Não Anónimos

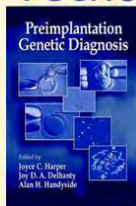




Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

Fim do anonimato na doação de gâmetas

- Ética: respeito pela dignidade das crianças e adolescentes
- Tecnologia: testes DNA







» em casa

23andme.com



Novas leis de PMA: novo paradigma

- Lei 32 / 2006: heterossexual 
- Lei 17/2016:  alarga-se a inseminação anónima
- Lei 25/2016:   gestação de substituição



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA



“Respeito pelo princípio da igualdade”

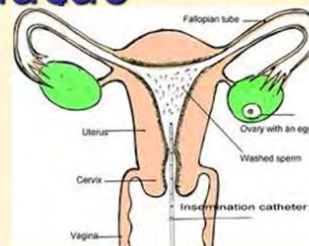
Decreto Regulamentar nº6/2016, artº 7º
(29.12.2016)

Despacho nº3192/2017
(17.4.2017)



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

Centros de inseminação



Affordable
Over the Counter
Artificial Insemination Supplies
for
At Home Use





Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

Centros de inseminação

- . Com responder ao enorme aumento da procura ?
- . SNS vs sector privado: prioridades nas listas de espera
- . Quem paga aos dadores ?
- . Quanto se paga ?
- . Porque não se exige prévia avaliação psicológica do dador ?
- . Perfil do dador ?
- . Altruísmo e "compensações"
- . Regresso de PAI ANÓNIMO !



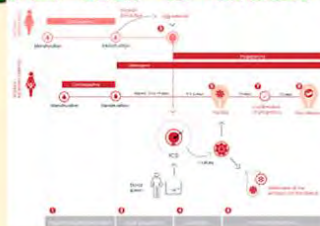
Ak14



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

Ropa (reception of ovocyte from partner)
gestação partilhada:
2 mães + pai incógnito ?

uma dá o óvulo, outra dá o útero





Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

**Ropa: uma dá o óvulo, outra dá o útero:
2 mães + pai incógnito ?**

No SNS : proibido. 

Decreto-regulamentar nº6/2016, artº 6º, nº4:

“No SNS não é permitido ao casal de mulheres submeter-se em simultâneo a tratamentos de PMA.”

No sector privado: pago pelo SNS

Decreto-regulamentar nº6/2016, artº 16º:

“O Ministério da Saúde pode acordar com os centros privados autorizados o financiamento da utilização de técnicas de PMA.”



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA

**Vemos, ouvimos e lemos,
não podemos ignorar.**



Sophia de Mello Breyner, 1968, *Cantata de Paz*
(1919-2004)



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

♀ (estimulação hormonal, análises, punção ovárica sob anestesia)



3 doações 843 € x 3 = 2.529 €



♂ : 8 filhos resultantes das doações, 42 € / doação

BASE DE DADOS ?

Pode ter muitas mais doações e mais filhos (noutros contextos)

24



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

. Há pessoas ricas a dar gâmetas gratuitamente ?



. Há mulheres ricas a emprestar altruisticamente o seu útero a casais pobres ?



25



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

- Alargam-se os direitos reprodutivos dos adultos; novos direitos, novos deveres?
- Não se reconhece, na prática, o direito à identidade biológica nas crianças e adolescentes oriundos de inseminação anónima.



Novas leis de PMA: novo paradigma

**Novos direitos dos pais → deveres dos pais:
dizer a verdade**

**Direitos dos filhos: direito a saber a verdade
sobre a sua história biológica, genética,
identidade global**



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Constituição da República Portuguesa (art. 26º, nº3):

“A lei garante a dignidade pessoal e a **identidade genética** do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização da tecnologia e na experimentação.”



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

Direito a conhecer as suas origens
Direito a conhecer a forma como foi gerado
(história biológica)

Direito a conhecer a grávida em que foi gerado ?

Direito a conhecer meios-irmãos ?

Direito a conhecer o pai genético ?
(sem implicações legais)





Estatuto da grávida de substituição

Gravidez (≠ de maternidade) de substituição:

- . Sim ?
- . Não ?

Avaliar: o dano que se quer evitar versus o dano que se pode produzir



Gravidez de substituição

Importância única e determinante da **mulher grávida** na identidade de cada pessoa humana:

- . regulação dos **genes** de embrião/feto (**epigenética**);
- . ambiente **hormonal** específico (unidade feto-placentária);
- . acção das hormonas placentárias nos **receptores cerebrais**:
comportamento, "instinto" maternal ;
- . diferente contexto **imunológico**;
- . contexto **bioquímico** e **metabólico**;
- . contexto **emocional**.





Gravidez de substituição

Lei 25/2016 (22.8.16)

Artº 8º, nº 2

- . "Ausência de útero";
- . "Lesão deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez";
- . "Situções clínicas que o justifiquem."
(não inclui transgénero): ♂ → ♀



Gravidez de substituição : Portugal

Lei 25/2016 e Decreto Reg. nº6/2017:


- . Total abertura a **não residentes** (*lost to follow-up ?*);
- . **Avaliação psicológica** obrigatória só **antes** da gravidez;
- . Idade da eventual grávida: ≤ **50 anos**;
- . Não refere história pregressa materna
(se houve gravidezes e se há filhos vivos anteriores);
- . Abertura a **mulheres sem filho** anterior.





Gravidez de substituição : Portugal

Lei 25/2016 e Decreto Reg. nº6/2017:

- . Total abertura a **não residentes** (*lost to follow-up ?*);
- . **Avaliação psicológica** obrigatória só **antes** da gravidez;
- . Idade da eventual grávida: ≤ **50 anos**; 
- . Não refere história pregressa materna (se houve gravidezes e se há filhos vivos anteriores);
- . Não exclui **recurso a advogados ou agências intermediárias** para procura de candidatas (*Público, 22.10.17*)



Gravidez de substituição : Portugal

Lei 25/2016 e Decreto Regulamentar nº6/2017:

Não exclui **recurso a advogados ou agências intermediárias** para procura de candidatas

(*Público, 22.10.17*)

- . Aberta a lésbicas e transexuais;
- . Proíbe homossexuais masculinos;
- . Ignora posterior **informação à criança** / adolescente.





Gravidez de substituição

Gravidez (\neq de maternidade) de substituição:

- . Relações familiares / afectivas com a futura mãe social ?
- . Imune a pressões durante a gravidez ?
 - Financeiras ?
 - Comportamentos de saúde, estilos de vida
- . Amamentação "melhor interesse da criança"



Gravidez de substituição : Portugal

Decreto Regulamentar nº6/2017:
Uma história de

CONCENTRAÇÃO DE PODERES

Mesmas pessoas na

- . Comissão de regulamentação (Despacho nº 8533-A/2016, de 30.6.2016)
- . CNPMA
- . Centros de PMA consultados
- . Sub. Comissão de Med Reprodução da Ordem dos Médicos

Princípio da separação de poderes ?
Conflitos de interesse ?





“Cada um faz o que quer ao seu corpo”?

Na grávida,

sobretudo se voluntária e evolutiva,
não há autonomia absoluta:

há que ponderar os

interesses e direitos do futuro nascituro



Gravidez de substituição

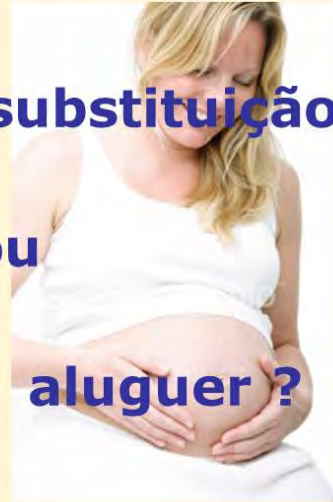
Da BIOÉTICA às políticas públicas

CNECV 63/2012 87/2016	Divulgar taxas de eficácia centros PMA	Incentiva r adoção	Direito da criança: poder conhecer sua história biológica	Casais heterossexuais	Acompanhamento psicológico obrigatório: antes, durante e após gravidez Mulheres com filho vivo
Lei 25/2016 Dec-Reg nº6/2017	Não incluído	Não incluído	Não incluído	Hetero, lésbicas, transgénero e “situações clínicas que o justifiquem”	Acompanhamento psicológico obrigatório só antes da gravidez Aberto a mulheres sem gravidez anterior



Gravidez de substituição : Portugal

**Gravidez de substituição
e/ou
Barrigas de aluguer ?**



Gravidez de substituição

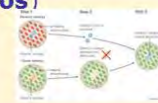
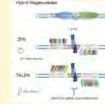
**Não é uma questão de
Esquerda vs Direita
Progressista vs Conservador**





Genética e reprodução humana Novos desafios...

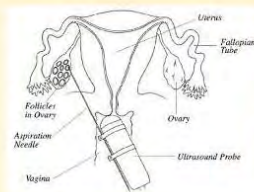
- ✓ Escolhas não médicas no embrião (sexo e outras características genéticas);
- ✓ DPNNI (não invasivo) (9 sem): S. Down, Patau, Edwards, sexo fetal
- ✓ Modificação genómica (*genomic editing*); ex; CRISPR9
- ✓ Substituição mitocondrial (**3 progenitores genéticos**)
NB: Legal no UK desde 2015
- ✓ Futuro ? Gâmetas artificiais,
útero artificial (ectogénese):
Ausência de **mãe uterina** ?



Direito à filiação e à parentalidade novas leis de PMA



Novas regras de filiação e parentalidade ?





Futura lei sobre eutanásia ?

VIDA HUMANA

CRP (artº 24º): A vida humana é inviolável

**É um bem fundamental, maior
(sagrado, para alguns)**

mas não é um bem absoluto.

Ex: legítima defesa, guerra justa,
heróis, mártires



Direito à filiação e à parentalidade

novas leis de PMA

- . **Ignora-se a evidência científica sobre direitos dos jovens oriundos de PMA;**
- . **Aumenta-se a assimetria e fragmentação de Direitos humanos fundamentais individuais, sem respeito mútuo recíproco;**
- . **Ignoram-se deveres parentais e deveres do Estado social;**
- . **Favorece-se os mais afluentes e com capacidade para viajar, pagar no sector privado, pagar a intermediários;**
- . **Ignoram-se direitos dos mais vulneráveis, fracos e desfavorecidos: as crianças, os jovens.**
- . **Não se protege a dignidade dos mais desfavorecidos.**

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/e62901mz7/flash.html>

3.

**Novos caminhos
abertos ao direito
à filiação e
à parentalidade**

Maria Margarida
Silva Pereira



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. NOVOS CAMINHOS ABERTOS AO DIREITO À FILIAÇÃO E À PARENTALIDADE

Maria Margarida Silva Pereira*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1j3anotzp8/flash.html>

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4.

O direito ao (re)conhecimento da paternidade

Graça Amaral



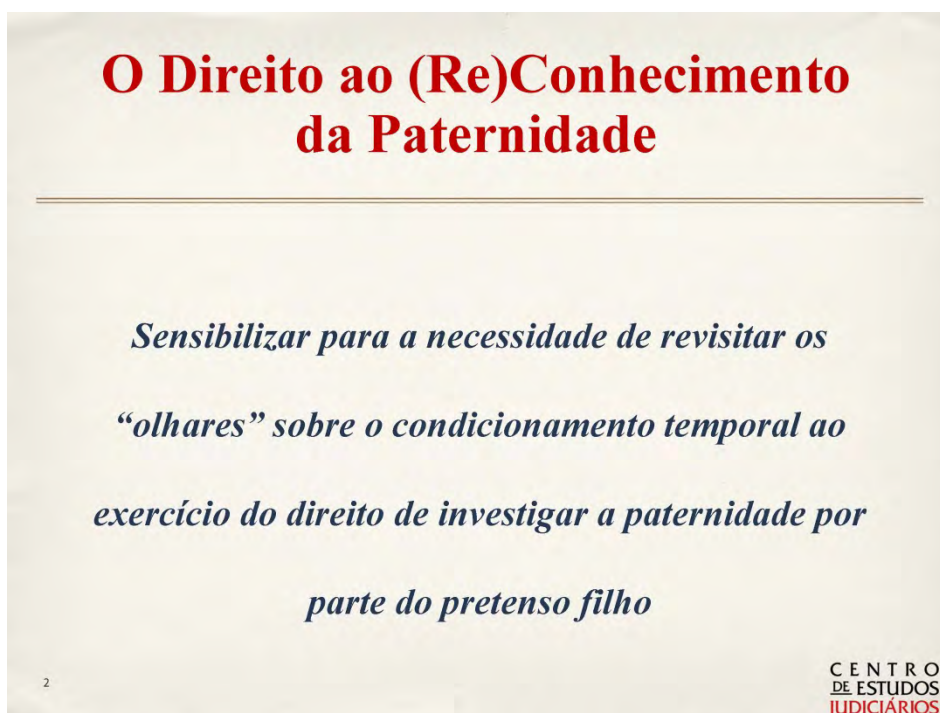
CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. O DIREITO AO (RE)CONHECIMENTO DA PARENTALIDADE

Graça Amaral*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação



* Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa e Coordenadora Regional do CEJ - Évora.

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade

Ação: impugnação da paternidade (proposta contra 2 RR: a progenitora e ex mulher e a filha consoante o registo)

Pedido: não paternidade relativamente à 2ª R e respetivo cancelamento no registo.

Factos:

- A. casado com a 1ª R e a determinada altura, deixarem de ter qualquer relacionamento sexual;
- Nascimento da 2ª R (ainda casado com a mãe desta), que foi registada como sua filha;
- O A sempre soube não ser o pai biológico da 2ª R;
- Ter corrido termos na CRC processo especial de afastamento da presunção da paternidade, onde foi proferido despacho de indeferimento, que foi objeto de recurso;
- O A. esteve convencido, até junho de 2012, que a situação registral se encontrava resolvida.
- A ação foi proposta outubro de 2015.

DECISÃO: procedência da exceção de caducidade.

3

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade

FUNDAMENTOS DA 1ª DECISÃO

- **Imputabilidade ao A do decurso do prazo** (tendo sido o A quem teve o impulso processual de recorrer da decisão do Conservador, sobre o mesmo impenia o ónus de acompanhar a marcha do processo, no sentido de tomar conhecimento das decisões que aí fossem proferidas, acompanhando o processo que estava em curso, de forma a reagir no caso de ser proferida, como foi, decisão desfavorável)
- **O procedimento que correu termos na Conservatória do Registo Civil é reservado à mãe, a quem a lei confere a possibilidade de, por declaração, afastar a presunção de paternidade - artigo 1832.º, do CC.**
- **O pai que pretender afastar essa presunção, terá que intentar a respetiva ação de impugnação - artigo 1842.º, n.º1, alínea a), do CC.**
- **O procedimento administrativo não interrompeu nem suspendeu o prazo legalmente estabelecido para o pai impugnar a paternidade pois são processos diferentes e autónomos.**
- **Juízo de constitucionalidade quanto ao prazo de caducidade fixado na lei.**

4

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade

2ª DECISÃO – ação de investigação da paternidade

Pedido: reconhecimento da filiação de Maria relativamente a António (avô do Autor)

Factos : a identidade do pai de M foi sempre conhecida/ M nasceu a 29 de março de 1936

DECISÃO: procedência da exceção de caducidade

FUNDAMENTOS:

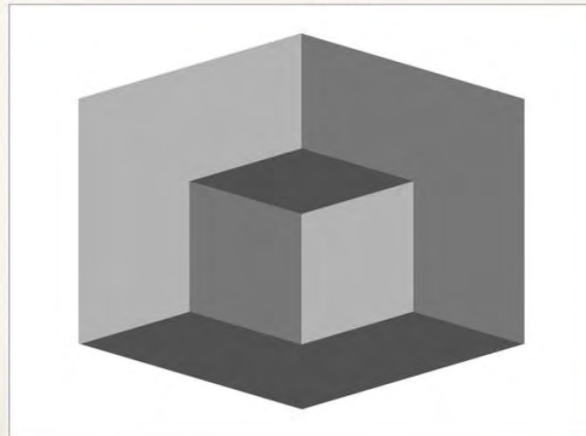
- ✓ O prazo de 3 anos contados sobre o conhecimento de factos que possibilitem e justifiquem a investigação (**artigo 1817.º, n.º 3, al. c), do CC**), há muito que se encontra esgotado, pois que M sempre soube a identidade de pai.
- ✓ Aplicação do n.º1 do preceito, pois que o prazo de 10 anos contados sobre a maioridade da filha terminava posteriormente ao prazo previsto no n.º 3.
- ✓ M terá atingido a maioridade em 29 de março de 1957 (ao abrigo do Código de Seabra, aplicável no caso, a maioridade era atingida aos 21 anos).
- ✓ O direito de M propor ação de investigação da sua paternidade relativamente a A caducou muito antes e em data anterior ao respetivo falecimento.
- ✓ Nos termos do **artigo 1818.º, do CC.**, caducado também está o direito de o Autor propor ação de investigação da paternidade de sua mãe.
- 5✓ Juízo de não inconstitucionalidade quanto ao prazo fixado no artigo 1817.º, n.º1, do CC.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade

“Uma vida não questionada não merece ser vivida”

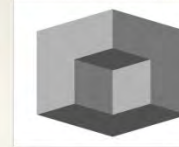
Platão



6

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Uma questão de perspectiva

Observemos esta imagem
- o que é que vemos?

Ao observar a imagem podemos ter várias leituras. E nessas leituras nada se altera, a não ser a nossa visão. Podemos pensar que a imagem é simplesmente um conjunto de pixels "arrumados" de uma determinada forma. Nessa arrumação podemos ver um cubo a que falta um pedaço, ou um pequeno cubo junto a 3 planos. Assim, a experiência que temos a partir dos pixels ultrapassa o que é determinado pelos pixels. Tentemos mudar de uma visão para a outra várias vezes seguidas. E agora observemos a nossa mente ao passar de uma leitura a outra. A experiência dessas leituras é determinada por uma operação mental interna. Quando localizamos essa operação mental, é interessante notar que podemos escolher, podemos assumir diferentes perspetivas. E podemos também observar esse clique interno que nos faz passar de uma experiência para outra. E podemos ainda ter a visão de que o cubo não existe. Essa é a essência da nossa liberdade, mas também a nossa prisão, quando nos fixamos numa perspetiva.

As realidades que vemos no mundo e nos outros são inseparáveis da nossa própria Mente.

7

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



*"Não vemos as coisas como elas são, mas sim como nós
somos" Anais Nin*

8

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Como “Fazer” o Direito – a importância da Jurisprudência

A finalidade do ato de julgar, radicada na paz social, advém da paz justa e individual

“O horizonte do ato de julgar é, mais do que a segurança, a paz social”

Paul Ricoeur.

9

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Interpretação criativa do Direito

“Assim se chega ao papel da jurisprudência. Cristalizando, através das suas decisões, o verdadeiro Direito, enquanto solução de casos concretos, a jurisprudência assume-se como dado fundamental na realização de uma ordem jurídica.”

Menezes Cordeiro

10

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Decisões proferidas pelos tribunais judiciais no sentido de recusa de aplicação do prazo previsto no n.º1 do artigo 1817.º do Código Civil, culminando na declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 1817.º, n.º1, do CC (acórdão do TC n.º 23/2006, de 10-01), determinando a alteração do preceito pela Lei 14/2009 de 01-04

A aproximação do instituto da caducidade ao direito constitucional foi operada pela via da fiscalização abstrata da constitucionalidade

José Manuel M. Cardoso da Costa

11

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



A caducidade da ação de investigação da paternidade e a interpretação criativa do Direito

- Controle concreto da constitucionalidade das normas do direito privado
- Mediação entre o direito constitucional e o direito privado
- Controle normativo produzido pela decisão do TC
- Tensão entre a estabilidade da jurisprudência, o valor da certeza do direito e a dimensão inovadora do particularismo jurídico

12

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência

A decisão judicial funda-se na particularidade do caso concreto

Essencialmente é o facto que determina a interpretação da norma que deve ser aplicada e, nessa medida, são as peculiaridades dos factos dos vários casos que podem conduzir a diferentes interpretações da mesma norma, uma vez que induzem no juiz o uso de diferentes argumentações jurídicas, por exemplo fazendo referência a diversos princípios gerais ou constitucionais e também invocando diversas razões metajurídicas, inspiradas por diferentes valores sociais ou morais que orientam a heterointegração da norma

Michele Taruffo

Dinâmica da jurisprudência produzida pelos tribunais de 1ª instância (onde, recai a maior responsabilidade na delimitação fática do litígio e, nessa medida, onde se identificam e apuram as circunstâncias fáticas relevantes para a subsunção jurídica) que é possível adequar o direito às exigências que, em cada tempo e espaço, a sociedade reclama e a “norma” pretende (ou deve) acudir

13

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Em sentido jurídico, a **família** é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adopção (artigo 1576.º, do CC), sendo a filiação uma das formas possíveis de se estabelecer o vínculo do parentesco (artigo 1578.º, do CC).

O estabelecimento da filiação: a paternidade

O **estabelecimento da paternidade** mostra-se classicamente repartido em função da **filiação na constância do casamento da mãe e fora dele** - artigo 1796.º, n.º2, do CC

14

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Estabelecimento da paternidade:

- **Por presunção** — relativamente ao marido da mãe (filhos nascidos ou concebidos na constância do casamento da mãe) – **artigo 1826.º, n.º1, do CC**

Constitucionalidade? (artigo 36.º/4 CRP – igualdade de filhos nascidos dentro e fora do casamento)

- **Por reconhecimento** – não basta o nascimento para que se adquira a qualidade de filho de certo homem (filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, ou nos casos em que a presunção seja afastada) - **artigo 1847.º, do CC**
 - ✓ **perfilhação** – radicado na vontade devida e formalmente declarada (regulada nos artigos 1849.º a 1863.º, do CC).
 - ✓ **reconhecimento judicial** – decisão judicial através da qual se declara e é constituído o estado de filho de ... (regulado nos artigos 1864.º a 1873.º, do CC, compreende a ação de investigação oficiosa e a ação de reconhecimento proposta pelo filho e pelo seu cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e os seus descendentes)

15

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Ação de investigação da paternidade

Causa de pedir: procriação biológica ou natural

Prova da procriação:

- recurso a exames periciais (meios de prova científicos e cada vez mais rigorosos em certeza, destacando-se os testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza)
- presunções legais previstas no **artigo 1871.º, do CC**, não ilididas ou pela demonstração de que o pretense pai manteve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção e que dessas relações resultou o nascimento do investigante

16

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O direito de investigar a paternidade é um direito eminentemente pessoal do filho, direito que não pode ser exercido a todo o tempo, estabelecendo o atual n.º 1 do artigo 1817.º do CC (ex vi do artigo 1868.º, do CC), o limite de dez anos, após a maioridade do filho, para instauração da respetiva ação.

- Trata-se de um prazo de caducidade (artigo 298.º, n.º2, do CC), o seu decurso faz extinguir o direito de propor a ação, sendo de conhecimento oficioso e pode ser alegado em qualquer fase do processo – artigo 333.º, n.º1, do CC.

17

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O direito ao (re)conhecimento da paternidade e a sua evolução na lei

A evolução legislativa evidencia uma preocupação de “limitação” do direito de ação operada pela via da existência de prazo para o exercício do direito de acionar, ou dos requisitos/pressupostos de admissibilidade da ação - espécie de auto-limitação contida na articulação do regime de admissibilidade da ação com o regime de prazos para a intentar

**Ordenações Filipinas
Código de Seabra
Decreto n.º 2 de 1910
Código Civil de 66 (antes e depois da Reforma de 77)
Constituição
Lei 14/2009 de 1 de abril
jurisprudência atuante
o que virá...**

18

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



- Nas **Ordenações** não se encontrava definido prazo para as ações de reconhecimento da filiação (oscilando o entendimento entre estar em causa direito imprescritível ou sujeito à aplicação do prazo geral para os direitos de crédito – 30 anos)
- No **Código de Seabra** (influência do modelo francês, decalcado do modelo napoleónico) consagrando a **proibição da investigação da paternidade (ilegítima) – artigo 130.º**.

Só em situações (excecionais) era permitido investigar a paternidade (n.º 2 e 3 do artigo 130.º), sendo elas: **escrito de pai; posse de estado; estupro violento; rapto** (condições de admissibilidade da ação)

As ações só podiam ser intentadas em vida dos pretensos pais – artigo 133.º (a morte constituía o facto que fazia caducar o direito de acionar), excetuando duas situações:
 - falecimento do pretenso pai durante a menoridade do filho (prazo de caducidade de 4 anos após a maioridade, ou emancipação);
 - existência de um escrito do pai (em que a ação poderia ser proposta a *todo o tempo* – n.º 2 do artigo 133.º).

19

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



- Com o **Decreto n.º 2 de 25-12-1910** (artigo 30.º)

Introduziu alterações ao direito de investigar a paternidade, que consistiram num **alargamento e a numa restrição do prazo para acionar**.

- ❖ a morte do progenitor deixou de determinar a caducidade de acionar, prevendo-se, nesse caso, um prazo de caducidade de **1 ano após a morte**;
- ❖ foi restringido **para 6 meses** o prazo para intentar a ação nas situações de existência de escrito por parte do pretenso pai (**em contraposição ao regime anterior que prescrevia “a todo o tempo”**).

20

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



▪ O Código Civil de 1966

☐ regime anterior à reforma operada pelo DL 496/77, de 25-11

O Código inseriu alterações quer no prazo para acionar, quer nas condições de admissibilidade. Quanto a estas, introduziu duas situações (artigo 1860.º):

- 1.º convivência notória da mãe com o pretense pai no período legal de concepção;
- 2.º sedução da mãe no período legal de concepção.

no prazo para instauração da ação estabeleceu dois tipos de prazo:

a) prazo-regra: dois anos depois da maioridade do investigante – artigo 1854.º, n.º 1 (prazo que vigorou até à entrada em vigor da Lei 14/2009 de 1 de abril) não tendo sido alterado pela reforma de 1977.

b) prazos especiais (1854.º, n.ºs 3 e 4)

- em caso de escrito de pai – 6 meses após a data em que o autor conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito

- em caso de tratamento como filho – 1 ano a contar da data de cessação do tratamento como filho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



▪ A reforma (REFORMA DE 77) operada pelo DL 496/77, de 25-11

A grande alteração de paradigma no âmbito do direito da filiação consistiu na introdução de um princípio basilar neste domínio: o **princípio da verdade biológica** (coincidência entre a verdade jurídica e a realidade biológica) não obstante ter mantido os prazos de caducidade.

- ❖ consagração do sistema da investigação livre - revogação das condições de admissibilidade de ação até aí existentes, que passaram a constituir o valor jurídico de presunções de paternidade, *índices de verdade biológica*;
- ❖ consagração dos meios de prova científica (artigo 1801.º);

A manutenção dos prazos de caducidade assentava nos seguintes argumentos:

1. A segurança jurídica dos pretensos pais e seus herdeiros
2. A viabilidade prática das ações de investigação
3. O exercício do direito para finalidades censuráveis

22

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



▪ A Constituição de 1976

Reponderação dos argumentos que vinham sustentando a defesa da caducidade do prazo à luz dos novos direitos fundamentais e das exigências constitucionais em matéria de direitos de personalidade e de direito da filiação:

- **Da personalidade**
 - direito à identidade e integridade pessoais
 - direito ao nome, à historicidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade
- **Do Direito da Filiação**
 - direito de constituir família
 - inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores
 - proteção da adoção
 - proteção da família
 - reserva da vida privada e familiar
 - proteção da paternidade e da maternidade
 - verdade biológica

23

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



A jurisprudência atuante

O Tribunal Constitucional

- ❖ até à prolação do acórdão n.º 486/2004, de 7 de julho, Relator Conselheiro Paulo

Mota Pinto (1ª decisão que se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do CC). Anteriormente, o acórdão n.º 456/2003, de 14 de outubro (Relatora Conselheira Maria Fernanda Palma) constituiu o 1.º juízo concreto de inconstitucionalidade de um dos prazos consignados no artigo 1817.º - o prazo especial contido no n.º 2 entendido, no caso, como um *sacrifício extraordinário por parte do filho e uma restrição excessiva e desproporcionada ao direito de identidade pessoal*.

- ❑ constitucionalmente incensurável a solução legislativa quanto à fixação de prazo de caducidade para a propositura deste tipo de acção (cfr., entre outros, acórdãos n.ºs 99/88*, 451/89, 370/91, 311/95, 506/99) tido como condicionamento temporal do exercício do direito do pretenso filho e não verdadeira restrição a um direito fundamental. O juízo de conformidade constitucional assentava na distinção entre **normas restritivas e normas condicionadoras de direitos fundamentais**.

24

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Anteriormente à Lei 14/2009 de 1 de abril

O acórdão n.º 23/2006 (publicado em 08 de fevereiro de 2006, no Diário da República, 1.ª Série-A, n.º 28, sendo Relator o Conselheiro Carlos Mota Pinto) onde foi declarada a «*inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código, na medida em que prevê, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigante, por violação das disposições conjugadas dos artigos 16.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa...*».

O acórdão restringiu a sua pronúncia ao limite temporal de “*dois anos posteriores à maioridade ou emancipação*”, e não a possibilidade de um qualquer outro limite (...) *só sobre aquele específico limite temporal, previsto atualmente no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, se poderá projectar o juízo de (in)constitucionalidade a proferir*” fazendo realçar não ser o regime de imprescritibilidade a única alternativa pensável ao regime do artigo 1817.º, n.º 1, do atual Código Civil.

25

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



▪ A Lei 14/2009 de 1 de abril

Opção do legislador:

- a) manter um prazo de caducidade nas ações de investigação da paternidade.
- b) modificar os prazos especiais contidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1817.º, dando solução a duas questões que se vinham colocando:
 - a articulação entre os prazos especiais e o geral;
 - a atribuição do mesmo prazo e do mais lato (*três anos*) para todas as situações especiais por si contempladas;
 - acrescentar a alínea a) “*Ter sido impugnada por terceiro, com sucesso, a maternidade do investigante*”, articulando os prazos entre a ação de impugnação da paternidade e a ação de investigação da paternidade, corrigindo os desencontros apontados do acórdão n.º 456/2003.

26

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Uma das questões sobre constitucionalidade que a Lei desde logo fez suscitar foi a da sua aplicabilidade aos processos pendentes questão que veio a ser solucionada pelo acórdão n.º 24/2012, de 17-01, do Plenário do Tribunal Constitucional, relatado pelo Conselheiro Cunha Barbosa e no qual foi decidido julgar:

inconstitucional a norma constante do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, na medida em que manda aplicar, aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, o prazo previsto na nova redação do artigo 1817.º, n.º 1 do CC, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código.

Constituiu fundamento da decisão a violação do princípio da confiança por se considerar que tal projeção retroativa frustrava intoleravelmente a confiança depositada pelo proponente da ação de que a mesma não estaria sujeita a qualquer prazo.

27

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



❑ **acórdão n.º 401/2011**, de 22-09, do Plenário, relatado pelo Conselheiro João Cura Mariano concluiu pela não inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1 do Código Civil, na redação da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril.

Fundamentos:

- evitar a valorização de provas pouco fiáveis devido ao seu envelhecimento
- interesse de ordem pública na determinação integral do vínculo de filiação
- a segurança, agora numa dimensão subjetiva do investigado e sua família atenta as *inerentes perturbações e afetações sérias do direito à reserva da via privada*

Adequação do prazo de 10 anos assente na articulação dos prazos especiais contidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1817.º do CC, contados para além do prazo fixado no seu n.º 1, que o considerou como *um marco terminal de um período durante o qual não opera qualquer prazo de caducidade e não um prazo cego, cujo decurso determine inexoravelmente a perda do direito ao estabelecimento da paternidade.*

28

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



A orientação decidida no acórdão tem vindo a ser mantida em inúmeras decisões posteriores do Tribunal Constitucional, nomeadamente nos **acórdãos n.ºs 750/2013, 373/2014, 383/2014, 529/2014, 547/2014, 704/2014**, evidenciando uma certa constância da orientação jurisprudencial em causa, que continuou a ser mantida nos vários arestos que foram proferidos no **ano de 2015** relativamente à questão:

- acórdão n.º 302/2015 de 2 de junho** – Relatora: Conselheira Fátima Mata Mouros
- acórdão n.º 594/2015 de 11 de novembro** – Relator: Conselheiro Fernando Ventura
- acórdão n.º 626/2015 de 3 de dezembro** – Relator Conselheiro Pedro Manchete
- acórdão n.º 604/2015 de 26 de novembro*** - Relatado pelo Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha
- acórdão n.º 680/2015 de 10 de dezembro***, relatado pela Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, onde se decidiu **não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 772.º, n.º 2, do anterior Código de Processo Civil, na parte em que estabelece um prazo de cinco anos, sobre o trânsito em julgado da decisão**, e cujo decurso preclui a interposição do recurso extraordinário de revisão, com o sentido de «*ao excluir totalmente a possibilidade de, através da realização de exames científicos, se obter a revisão de uma sentença que declarou a paternidade do réu com recurso a mera prova testemunhal*»

29

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O Supremo Tribunal de Justiça

➤ Pugnando pela constitucionalidade

2013

- ✓ **acórdão de 9 de abril**, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos (Processo 187/09.7TBPFR.P1.S1, 6ª secção)

Sumário: *Não sendo de afirmar a inconstitucionalidade da norma do vigente nº1 do art. 1817º do Código Civil, por o prazo de dez anos nela fixado não ser arbitrário, nem desproporcionadamente limitador do exercício da ação de investigação da paternidade e considerar que, casuisticamente num quadro factual exuberante de abuso do direito, se poderá cindir, sem ofensa da Lei Fundamental, o estatuto pessoal do estatuto patrimonial inerentes à declaração de filiação, para, acolhendo aquele e os seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da avoenga), se poderem limitar as consequências desse reconhecimento, excluindo os efeitos patrimoniais como sejam os direitos sucessórios, quando e se se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter o estatuto patrimonial, entendemos que, se tal pretensão tiver sido exercida num quadro de atuação abusiva do direito, deve ser*

paralisada.

30

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



2014

✓ **acórdão de 15 de maio**, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Beleza (Processo n.º 3444/11.9TBTVD.L1.S1, 7ª secção).

Sumário: (...) III - Não é apenas no âmbito das acções de investigação da maternidade e paternidade que a lei portuguesa condiciona o direito de estabelecer juridicamente uma filiação coincidente com a filiação biológica; exemplo disso é o disposto no art. 1987.º do CC, para a adopção plena, e nos arts. 10.º e 21.º da Lei n.º 32/2006, de 26-07, para a procriação medicamente assistida. IV - Estas opções legislativas levam-nos à conclusão que o legislador ordinário entende que o valor do reconhecimento jurídico da filiação biológica – da identidade pessoal – tem de ser confrontado com outros valores individual e socialmente relevantes e que podem justificar a definição de condicionamentos à sua prossecução. (...) VI - Os valores da certeza e segurança das relações jurídicas, em particular quanto à vida privada do investigado e sua família, são tanto mais merecedoras de tutela quanto mais recuados no tempo forem os factos a investigar. VII - Se não viola a lei fundamental que o exercício do direito de investigação esteja condicionado pelo prazo actualmente fixado no n.º 1 do art. 1817.º do CC – orientação relativamente à qual não há consenso no STJ, mas que se encontra estabilizada na jurisdição constitucional – também não contraria a aplicação do mesmo prazo ao filho que, após a morte do progenitor, decide instaurar acção de investigação da maternidade deste. (...)”

31

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



✓ **acórdão de 16 de janeiro**, relatado pelo Conselheiro João Trindade (Processo n.º 0905/08.0TBALB.P1.S1, 2ª secção)

Sumário: (...) III - Os vínculos da filiação não se cingem ao direito à identidade pessoal impondo o princípio da igualdade que os filhos, nascidos, ou não, da relação do casamento, bem assim como os adotados, tenham os mesmos direitos. IV - O singelo facto de a acção de investigação de paternidade ter sido proposta decorridos mais de três dezenas de anos sobre a maioridade do autor, não revela, só por si, abuso de direito.

32

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



2015

- ✓ **acórdão de 18 de fevereiro**, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos (Proc. n.º4293/10.7TBSTS.P1.S1, 6ª secção) onde é reiterado o entendimento defendido no acórdão de 9 de abril de 2013
- ✓ **acórdãos de 8 de maio e de 22 de outubro**, relatados pelo Conselheiro Abrantes Geraldes (respectivamente, Processo 2615/11.2TBBCL.G2.S1 e Processo n.º 1292/09.5TBVVD.G1.S1, 2ª secção)

Sumário: (...) 2. *A tutela constitucional do direito à identidade pessoal não é incompatível com o estabelecimento de prazos para a propositura da ação de investigação da paternidade, designadamente com a previsão do prazo adicional de 3 anos previsto no art. 1817.º, n.º 3, al. c), do CC, contado a partir do conhecimento, pelo investigador, de factos ou de circunstâncias justificativas da investigação da sua paternidade.(...)*
- ✓ **acórdão de 17 de novembro**, relatado pelo Conselheiro João Camilo (Processo n.º30/14.5TBVCD.P1.S1, 6ª secção)

Sumário: *O estabelecimento do prazo de caducidade no n.º 1 do art. 1817.º do CC, para a investigação de paternidade – aplicável por força da remissão prevista no art. 1873.º do mesmo diploma –, na redação dada àquele pela Lei n.º 14/2009, de 01.04, não padece de qualquer inconstitucionalidade.*

33

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



➤ Pugnando pela inconstitucionalidade do prazo

2014

- ✓ **o acórdão de 14 de janeiro**, relatado pelo Conselheiro Martins de Sousa (Processo n.º 155/12.1TBVLC-A.P1.S1, 1ª secção)

Sumário: *O art. 1817.º, n.º 1, do CC, na redacção emergente da Lei n.º 14/2009, de 01-04, ao estabelecer o prazo de caducidade de 10 anos após a maioridade (ou emancipação) do investigador para a propositura da ação de investigação de paternidade (cf. art.1873.º) é inconstitucional, por violação dos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da CRP.*
- ✓ **o acórdão de 16 de setembro**, relatado pelo Conselheiro Helder Roque (Processo n.º.973/11.8TBCL.G1.S1, 1ª secção), reportado ao prazo de impugnação da paternidade, mas com utilização de argumentos em paralelismo quanto à caducidade do prazo limite na ação de investigação da paternidade.

Sumário: (...) *V - A norma constante do art. 1842.º, n.º 1, al. c), do CC, na dimensão interpretativa que prevê um prazo limitador da possibilidade do filho do marido da mãe propor, a todo o tempo, a ação de impugnação da paternidade, desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se que este último não era o seu pai biológico, é inconstitucional, por violação do direito à tutela judicial efetiva e, bem assim, como do preceituado pelos arts. 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP.*

34

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



2015

✓ **o acórdão de 13 de novembro**, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot (Processo n.º 253/11.9TBVZL.L1.S1, 6.ª secção)

confinado à questão do exercício abusivo do direito de acção, pronunciou-se, ainda que *a latere*, quanto à sustentabilidade de fixação de um prazo para a instauração da acção de investigação da paternidade.

A sua importância (para além de apontar no sentido da imprescritibilidade deste tipo de acções):

- evidenciar inconformidade com a existência de sedimentação da jurisprudência num entendimento pacífico da questão, como ressalta deste excerto que assinalamos:

“Daqui resulta, que embora o aludido prazo, (...) – artigo 1817.º do CCivil – está longe de constituir uma tema pacífico, em termos de direito constituído, o que tem conduzido a diferentes entendimentos jurisprudenciais neste Supremo Tribunal, maxime, ex adverso da atual tendência do Tribunal Constitucional supra enunciada, cfr inter alia no sentido da inconstitucionalidade dos prazos os Ac STJ de 21 de setembro de 2009 (Relator Sebastião Póvoas), de 10 de janeiro de 2012 (relator Moreira Alves), de 14 de janeiro de 2014 (Relator Martins de Sousa), de 16 de setembro de 2014 (Relator Hélder Roque), embora este último numa situação paralela de impugnação de paternidade, in www.dgsi.pt.”

35

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A apreciação do TEDH quanto a esta problemática é alicerçada no **artigo 8.º da Convenção** – direito ao respeito da vida privada e familiar – que dá guarida ao direito ao conhecimento das origens genéticas enquanto decorrência do direito à identidade pessoal.

- O prazo limite, por si só, não é violador da Convenção.
- A perspetiva do direito ao respeito da vida privada e familiar terá de ser compaginada com os interesses do investigado e sua família, igualmente dignos de tutela ao abrigo dessa mesma norma.

Necessidade de harmonização e equilíbrio dos interesses em presença e de não se criarem ónus que dificultem, excessivamente, o estabelecimento da realidade biológica

- acórdão de 6 de julho de 2010 (casos Backlund c. Finlândia - queixa n.º 36498/05 Gronmark c. Finlândia - queixa n.º 17038/04)
- acórdão de 20 de dezembro de 2007 (caso Phinikaridou c. Chipre - queixa n.º 23890/02)

36

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Outras Ordenamentos Jurídicos

I. Existência de um prazo para a propositura da ação (investigação e/ou impugnação da paternidade):

França (artigo 340-4) a acção deve ser proposta:

- dois anos seguintes ao do nascimento;
- dois anos após a cessação da união de facto estável ou da participação do pretense pai na educação da criança;
- dois anos após a maioridade.

Suíça (artigo 263.º - um ano seguinte à maioridade do filho; havendo vínculo de paternidade estabelecido, no prazo de um ano após a dissolução desse vínculo).

Prevê, contudo, **cláusula geral de salvaguarda**, segundo a qual “*a ação pode ser intentada depois do termo do prazo se motivos justificados tornarem o atraso desculpável*”.)

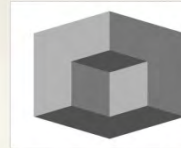
II. Imprescritibilidade do direito: **Itália** (artigo 270.º); **Brasil** (artigo 1606.º); **Espanha** (artigo 133.º); **Alemanha** (artigo 1600e.º, n.º1) (no caso em que a filiação não se encontre estabelecida)

III. Macau (artigo 1677.º, n.º1) - estabelecimento do vínculo apenas aos efeitos pessoais (excluindo os patrimoniais) se a ação for proposta passados quinze anos do conhecimento dos factos que permitiriam propor a ação.

37

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



38

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º, n.º 2, da C, entendido enquanto *proibição do excesso* englobando quatro vertentes ou subprincípios.

- **adequação:** implica que se relacione o *meio* utilizado pelo legislador com o *fim* visado pelo mesmo, a fim de aferir se o *instrumento* previsto na lei visa o objetivo almejado e constitucionalmente protegido. De se notar, porém, que só será inapta a medida que não contribui para o fim. (o **prazo de caducidade como meio apto a alcançar a salvaguarda da intimidade da vida privada e segurança jurídica da família do investigado, restringindo os direitos de identidade pessoal e constituição de família?**);
- **necessidade:** o legislador deve optar, entre meios igualmente aptos, ou seja, que contribuem para alcançar o fim visado na *mesma* medida ou grau, pelo menos restritivo (a **medida escolhida pelo legislador é a necessária?**);
- **proporcionalidade em sentido estrito:** postula que se julgue a relação entre o *benefício* e o *prejuízo* que advém da medida prevista na lei, a ponto de se poder dizer que a medida é mais prejudicial do que benéfica. Ter-se-á de ajuizar sobre a *ratio* entre o meio utilizado e o resultado obtido (o **prejuízo sofrido na esfera jurídica do investigante é compensado pelo benefício sentido nos interesses protegidos do investigado?**);
- **razoabilidade,** que pretende aferir apenas do *prejuízo* resultante da medida adotada, relacionando-se a posição em que se encontra a esfera jurídica afetada com a medida, com aquela outra em que estaria se não fosse afetado pela mesma. Aqui, **a medida será desrazoável se exigir um grande sacrifício à parte lesada, independentemente dos benefícios que também possam surgir para outras posições jurídicas.**

39

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O direito fundamental do investigante:

- ✓ Pessoalíssimo
- ✓ Imprescritível

40

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



Caducidade da ação de investigação da paternidade

Verdade biológica



Segurança jurídica do investigado e das suas relações familiares

41

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



- Os prazos especiais consagrados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1817.º são suficientemente garantísticos, como parece concluir o acórdão do TC n.º 401/12?
- Incoerências do sistema? A inexistência de prazo para intentar ações de impugnação da maternidade (artigo 1807.º, do CC) de impugnação da perfilhação (1859.º, n.º 2, do CC) e de impugnação da paternidade nas situações de PMA não consentidas (artigo 20.º, n.º 5, da Lei 32/2006, de 26-07).
- Onde encontrar a *ratio* da previsão de um prazo de caducidade?
- Onde descortinar a irrazoabilidade da verdade biológica?
- Quais os inconvenientes do primado da verdade biológica neste âmbito?
- Quais os mecanismos legais de controle das situações-limite em que se mostre intolerável a propositura deste tipo de ações?

42

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



- Quais os mecanismos legais de controle das situações-limite em que se mostre intolerável a propositura deste tipo de ações?
- Quais as limitações da figura do abuso de direito?
- Pode a existência de uma prazo de caducidade constituir um controle *a priori* a tais situações?
- Até que ponto a imprescritibilidade das ações de investigação permite inconsiderar outras verdades, que não a biológica, na relação de filiação?
- Fará sentido a manutenção do prazo mas acautelado pelo estabelecimento de uma cláusula geral de salvaguarda possibilitando acionar, após o termo do prazo, mediante a ponderação da existência de *motivos justificados*?
- De que forma a proteção da verdade afetiva é conseguida com a existência de um prazo de caducidade da ação de investigação da paternidade?

43

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



O n.º1 do artigo 1817.º, do CC, garante o direito fundamental do filho ao (re)conhecimento da paternidade em toda a sua plenitude?

A questão ainda não tem resposta unívoca

Não nos conformemos com a resposta preponderante

Há ainda **caminho** a percorrer...

44

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Direito ao (Re)Conhecimento da Paternidade



“...Porque eu sou do tamanho do que vejo e não do tamanho da minha altura”

Fernando Pessoa

45

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/ha3z21jcp/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.

Alterações recentes no Direito da Família

Rafael Vale e Reis



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. ALTERAÇÕES RECENTES NO DIREITO DA FAMÍLIA: TRÊS EXEMPLOS

Rafael Vale e Reis*

5.1. Introdução

5.2. Alterações em matéria de adoção e do direito do adoptado ao conhecimento das origens genéticas

5.3. O regime de (im)prescritibilidade das acções de investigação de maternidade e paternidade

5.4. A maternidade de substituição e o designado “direito ao arrependimento”

5.5. Notas finais

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

5.1. Introdução¹

Nesta comunicação, abordarei três domínios que foram alvo de alterações recentes no Direito da Família português, impulsionadas pelo legislador, pela jurisprudência ou pela doutrina. Referirei:

- a) As reformas legais em matéria de adoção e as alterações ao regime do conhecimento por parte do adoptado das suas origens genéticas;
- b) A força que a jurisprudência tem evidenciado na construção de um regime de imprescritibilidade das acções de investigação da maternidade e paternidade;
- c) Por último, as alterações legais em matéria de *gestação de substituição*.

5.2. Alterações em matéria de adoção e do direito do adoptado ao conhecimento das origens genéticas

No que respeita ao direito de o adoptado conhecer a identidade da ascendência genética, a leitura dos ordenamentos jurídicos mais próximos do nosso revela-nos uma tendência, de certo modo generalizada, para a consagração legal da faculdade de acesso pelo adoptado à informação relativa à identidade dos progenitores biológicos, naquilo que constitui a rendição à opinião comum segundo a qual os pais devem revelar aos filhos adoptivos a sua condição, desde logo porque não é possível assegurar um segredo absoluto e uma revelação tardia pode ter consequências perniciosas na formação da personalidade do adoptado.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ O presente texto serviu de base à comunicação que apresentei na sessão de formação contínua “Parentalidade e Filiação”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), no dia 5 de Fevereiro de 2016, e que tinha como título: “Os novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação”. Essa comunicação inspirou-se numa outra que eu havia proferido, por ocasião do I Congresso de Direito da Família e das Crianças, realizado em Setembro de 2015, e que deu origem ao seguinte texto, que aqui é seguido de perto, de modo mais abreviado, em alguns pontos: REIS, Rafael Luís Vale e, “*Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos*”, in I Congresso de Direito da Família e das Crianças, Coord. Paulo Guerra, Almedina, 2016, p. 91 a 113. Decidi, todavia, quando me foi solicitada a apresentação de um escrito para integração em *eBook* organizado pelo CEJ, alterar o ponto relativo à *gestação de substituição*, na medida em que, entretanto, tinha sido profundamente alterado o quadro legal vigente, como refiro *infra*.

Ainda assim, é possível encontrar dois modelos no que respeita à efectivação dessa possibilidade de acesso: por um lado, o modelo que exige a invocação de *justa causa* (que não abrange a mera curiosidade, embora considere os casos de necessidade de conhecimento de dados clínicos e genéticos), por outro, os sistemas de livre acesso pelo adoptado aos registos².

Quando se fala no exercício pelo adoptado do seu direito ao conhecimento das origens genéticas, é frequente a confusão desnecessária entre duas dimensões de segredo: o segredo relativamente ao procedimento (que pode ser, mesmo na fase que se inicia logo após o decretamento do vínculo adoptivo, muito favorável ao instituto); e o segredo em torno da identidade dos progenitores biológicos, que se torna problemático quanto o adoptado, já com maturidade suficiente para o efeito, o pretende abolir.

Procurarei, portanto, em seguida, analisar com cuidado estes dois distintos planos.

O processo de adopção tem hoje um regime próprio, autonomizado dos demais processos tutelares cíveis: o Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro³.

No seu artigo 4.º, determina que *“a fase judicial e os demais procedimentos administrativos e judiciais que integram o processo de adopção, incluindo os seus preliminares, têm carácter secreto”* (n.º 1), sendo certo que *“o processo de adopção, incluindo os seus preliminares, pode ser consultado pelo adotado depois de atingida a maioridade”* (n.º 2).

Acrescenta, ainda, a lei, que *“por motivos ponderosos e nas condições e com os limites a fixar na decisão, pode o tribunal, a requerimento de quem prove interesse legítimo, ouvido o Ministério Público, se não for o requerente, autorizar a consulta dos processos referidos no n.º 1 e a extração de certidões”* (n.º 3 do referido artigo 4.º).

Com este regime, mantém o Direito português a construção tradicional, que entende que uma primeira dimensão de segredo, em matéria de adopção, respeita ao carácter sigiloso do próprio processo/procedimento.

Paralelamente, e independentemente da questão de saber quais as condições em que pode ser judicialmente levantado o sigilo que impende sobre o procedimento de adopção, há que considerar **os termos em que o legislador português admite a revelação ao adoptado da identidade dos pais biológicos mediante a consulta dos elementos que constam do respectivo assento de nascimento**, ou seja, depois de decretado o vínculo.

Também aqui não encontramos alterações ao regime que tínhamos antes da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro. Desde logo, o artigo 1985.º do Código Civil, não é minimamente tocado, e o novo artigo 1990.º A tem natureza enunciativa e remissiva.

² OLIVEIRA, Guilherme de, “Critério Jurídico da Paternidade”, Livraria Almedina, 1998, 473-476.

³ O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que não é aplicável ao processo de adopção e respetivos procedimentos preliminares, foi aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

Por outro lado, o artigo 5.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção em nada interfere com o regime do Código Civil, dizendo, no n.º 1, que *“todas as entidades públicas e privadas têm o dever de adotar as providências necessárias à preservação do segredo de identidade a que se refere o artigo 1985.º do Código Civil”*, e, no n.º 2, que *“no acesso aos autos, nas notificações a realizar no processo de adoção e nos respetivos procedimentos preliminares, incluindo os de natureza administrativa, deve sempre ser preservado o segredo de identidade, nos termos previstos no artigo 1985.º do Código Civil”*

Qual é, então, o regime de segredo em torno da adoção resultante do Código Civil?

Pela adoção plena o adoptado adquire a situação de filho do adoptante (ou adoptantes), com a consequência de se extinguirem as relações familiares entre o adoptado e a família biológica (portanto, não só com os ascendentes, mas também com os colaterais), constituindo óbvia excepção a esta regra, os casos em que um dos cônjuges adopta o filho do outro. Em consonância com essas regras, o artigo 1987.º do Código Civil determina que *“depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento”*.

A grande e positiva inovação trazida pela Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, consta do novo n.º 3 do artigo 1986.º do Código Civil: *“excepcionalmente, ponderada a idade do adoptado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica ou, sendo caso disso, entre aquele e a respetiva família adoptiva e algum elemento da família biológica, favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, desde que, em qualquer caso, os pais adoptivos consintam na referida manutenção e tal corresponda ao superior interesse do adoptado”*.

Por último, no quadro da ruptura com a família biológica, o artigo 1985.º do Código Civil dispõe que *“a identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais naturais do adoptado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação”* (n.º 1) e que *“os pais naturais do adoptado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adoptante”*.

Serão estas normas impeditivas do acesso pelo adoptado à informação relativa à identidade dos respectivos progenitores biológicos?

O artigo 1985.º não deixa de criar alguns problemas quanto ao alcance do regime de segredo criado em torno da identidade dos pais biológicos.

Ele assegura, reciprocamente, a não revelação da identidade entre os pais biológicos e adoptivos, tutelando mais fortemente o interesse destes na não revelação da sua identidade pois basta um seu comportamento omissivo para que o segredo sobre a sua identidade se erija em relação aos biológicos, enquanto que estes, caso queiram beneficiar do segredo, têm que o dizer expressamente.

As dificuldades resultam da circunstância de a norma não esclarecer se o regime de segredo quanto à identidade dos pais biológicos, nos casos em que estes queiram permanecer anónimos, se aplica também ao próprio adoptado.

O regime procura minorar ou mesmo evitar eventuais conflitos que possam surgir na relação adoptiva se os pais biológicos (sobretudo estes) tiverem acesso à identidade dos pais adoptivos. Para MARIA CLARA SOTTOMAYOR “a técnica legislativa do art 1985.º - princípio do segredo relativamente à identidade dos pais adoptivos e necessidade de declaração expressa dos pais biológicos para preservar o segredo da sua identidade - revela que as finalidades desta norma foram as de, por um lado, proteger os adoptantes contra a concorrência dos pais biológicos e contra-reivindicações ou chantagens destes e, por outro lado, a de captar o maior número possível de interessados em adoptar”⁴. No mesmo sentido, MARIA DULCE ROCHA afirma que “quer os psicólogos, quer os magistrados de menores e família têm constatado que a revelação da identidade ou até a mera possibilidade de essa revelação se concretizar se traduz numa enorme intranquilidade e insegurança para a família adoptiva, com reflexos negativos na constituição do vínculo afectivo próprio da filiação, que se pretende harmonioso, feliz e sem sobressaltos”⁵.

Assim sendo, o espírito da norma não está comprometido com o objectivo de vedar ao adoptado o acesso à identidade dos pais biológicos.

Tanto o artigo 1985.º do Código Civil (“A identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais naturais do adoptado (...); “Os pais naturais podem opor-se (...) a que a sua identidade seja revelada ao adoptante”⁶), como os preceitos do Código de Registo Civil relativos à passagem de certidões do assento de nascimento do adoptado (sobretudo os n.ºs 2 e 3 do artigo 213.º e o n.º 2 do artigo 214.º), não impedem este de, consultando o seu assento de nascimento, obter informação relativa à identidade dos seus progenitores.

Conjugando o regime substantivo com o regime registal, resulta, simplesmente, que “(...)se o adoptante não declarar que não se opõe a que a sua identidade seja revelada aos pais naturais do adoptado, ela não pode ser-lhes revelada. Os pais naturais do adoptado não podem pedir certidão de cópia integral ou fotocópia do assento de nascimento que mencione o adoptante. Por outro lado, se os pais naturais do adoptado se opuserem a que a sua identidade seja revelada ao adoptante, ela não pode ser-lhe revelada. O adoptante não pode pedir certidão de cópia integral ou fotocópia do assento de nascimento que mencione os pais naturais do adoptado”⁷.

⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológico”, in *Direito e Justiça*, volume XVI, tomo 1, 2002, p. 219. A Autora critica o facto de a lei não ter “assegurado de forma mais eficaz o segredo de identidade dos pais biológicos, medida aconselhável como uma forma de política legislativa para permitir a adopção de um maior número de crianças” (*Ob. e loc. cit.*).

⁵ ROCHA, Maria Dulce, “Adopção: estado de abandono do menor: direito de visita dos pais biológicos: princípio do sigilo”, *Revista do Ministério Público*, 1993, p. 112.

⁶ Sublinhados e itálicos, obviamente, nossos.

⁷ COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso (...), ob. cit.*, vol. I, p. 74.

Porém, há quem afirme que a oposição dos pais biológicos, nos termos do n.º 2 do artigo 1985.º, à revelação da sua identidade aos pais adoptivos impede o adoptado de indagar esses factos, sob pena de, assim não acontecendo, se frustrar a finalidade da norma. Nesse sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, considerando que “embora a letra da lei, no art. 1985.º, apenas refira o segredo de identidade nas relações entre os pais adoptivos e os pais biológicos, parece lógico que, no caso de os pais biológicos terem requerido segredo de identidade, este seja também extensível ao adoptado, de outra forma a finalidade da norma - proteger a privacidade dos pais biológicos - seria frustrada, pois o segredo de identidade requerido por estes seria quebrado através da intervenção do filho. No caso de os pais biológicos nada dizerem, de acordo com a letra da lei, quer os adoptantes quer os adoptados podem requerer certidões de nascimento em que consta a identidade dos pais biológicos”⁸.

Penso não ser essa a solução mais adequada, sobretudo considerando as intenções do legislador na consagração do regime nos termos expostos.

O artigo 1985.º procura estabelecer um regime de princípio que deixa aos pais biológicos e adoptivos a possibilidade de estabelecerem reciprocamente (sendo o regime, pelas razões referidas, mais favorável aos pais adoptivos) uma cortina de segredo que permita, sobretudo nos primeiros tempos da relação adoptiva, uma ruptura com a família biológica e integração na adoptiva que assegure a verdadeira finalidade do instituto da adopção: assegurar o superior interesse da criança e proporcionar-lhe uma família⁹.

O facto de o legislador não estabelecer uma regra de segredo recíproco absoluto sobre as identidades dos pais biológicos e naturais, deixando, em larga medida na sua disponibilidade um tal regime de segredo, demonstra que, afinal, ele próprio “deu pouco” por esse segredo. Quisesse o legislador, por razões de protecção do adoptado em particular e do instituto da adopção em geral, estabelecer a impossibilidade de aceder a tais informações, e tal teria sido de fácil concretização. A verdade é que a lei não terá considerado esse segredo um aspecto essencial na economia do instituto, e a comprová-lo está o modo como as leis de registo civil referidas foram redigidas. Também não se pode dizer que o legislador tenha querido, de modo aguerrido, tutelar a *intimidade da vida privada e familiar*, pois como MARIA CLARA SOTTOMAYOR refere, o mais normal será que, por ignorância, os pais não usem da faculdade de pedir segredo de identidade.

Ora, se o valor do segredo parece, afinal, de “pouca monta” no plano da política legislativa de regulação da adopção, mais minorado ficará quando confrontado com o desejo do adoptado conhecer as suas origens biológicas

Afinal, o legislador, com o regime do artigo 1985.º do Código Civil concedeu aos pais biológicos e adoptivos a possibilidade de se escudarem num (fraco) segredo, nos casos concretos em que

⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são (...)”, *ob. cit.*, p. 222.

⁹ O n.º 2 do artigo 1985.º não pode evitar a todo o custo que os pais adoptivos fiquem a conhecer a identidade dos biológicos, mesmo nos casos em que estes se opuseram à revelação da sua identidade. Assim, se por hipótese os pais adoptivos declararam não se opor à revelação da sua identidade aos pais biológicos, estes, detentores da informação, podem procurar os primeiros e revelar a sua condição. Também neste caso poderíamos dizer que os factos frustraram o fim da norma.

o considerem necessário. Os termos da construção legislativa, pela debilidade que denota, e o seu confronto com as normas de registo civil, permitem, afinal, afirmar o princípio de que o legislador português, com as soluções oferecidas, se manifestou bastante favorável ao conhecimento pelo adoptado da identidade dos seus pais biológicos.

Tudo somado, portanto, em face do direito constituído, concluímos que o adoptado tem o direito de aceder ao conteúdo dos documentos registais, dessa forma se inteirando da identidade da sua progenitura.

Já assim era antes da recente Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro.

Porém, é verdade que o Regime Jurídico do Processo de Adoção traz aspectos relevantes neste campo.

Desde logo, resolve o problema da idade mínima para aceder ao conhecimento das origens genéticas e diz quando esse acesso tem de ser mediado.

Diz assim o artigo 6.º, no n.º 1, *“os organismos de segurança social, mediante solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos, têm o dever de prestar informação, aconselhamento e apoio técnico no acesso ao conhecimento das suas origens”*. Já o n.º 2 estabelece que *“para efeitos do disposto no número anterior, durante a menoridade é sempre exigida autorização dos pais adotivos ou do representante legal, revestindo o apoio técnico carácter obrigatório”*.

Em face destas normas, o adoptado menor, com 16 ou 17 anos, não tem um acesso à sua identidade biológica sem estar representado e sem apoio técnico obrigatório dos organismos da segurança social.

Ora, se este último apoio não levanta grandes problemas, já a opção pela obrigatoriedade da representação legal do adoptado com 16 ou 17 anos não é pacífica.

No direito estrangeiro, se a tendência da consagração do direito ao conhecimento da família biológica pelo adoptado se vai consolidando, a verdade é que, concomitantemente se argumenta que, a fim de evitar perturbações no processo de formação da personalidade do menor, esse direito apenas deve ser plenamente reconhecido a partir do momento em que o adoptado tenha atingido um grau de maturidade que lhe permita mensurar e gerir a gravidade da informação que lhe é facultada.

A maioridade ou a idade núbil costumam funcionar como padrão nesta matéria, e pensamos avisada a consagração no nosso ordenamento jurídico de semelhantes soluções.

Penso, pois, que deveria consagrar-se a possibilidade de acesso sem representação legal, do menor com 16 ou 17 anos, à sua identidade biológica, ainda que com o apoio obrigatório dos organismos de segurança social.

A referência da idade de 16 anos, consagrada, por exemplo, no direito alemão, parece ser uma solução adequada considerando o grau de maturidade que, em regra, um adolescente revela nessa fase da vida, que, curiosamente, corresponde, segundo estudos clínicos, à idade em que o ser humano se depara com questões sobre a sua própria proveniência.

5.3. O regime de (im)prescritibilidade das acções de investigação de maternidade e paternidade

A defesa da consagração de prazos de caducidade das acções de investigação de maternidade e paternidade assentou, durante anos, em razões ligadas à *segurança jurídica* (na medida em que, defendia-se, não seria curial aceitar um protelamento da incerteza relativamente ao estabelecimento dos vínculos), ao perigo de *perturbação da prova* dos vínculos que a possibilidade de intentar uma acção tardia potenciava e à necessidade de paralisar *pretensões puramente egoísticas* (que seriam toleradas com a aceitação de propositura de uma acção no final da vida do pretense progenitor ou mesmo depois da morte deste apenas para “caçar fortuna”)¹⁰.

Depois de, por intermédio do Ac. n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, o Tribunal Constitucional português ter declarado inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 1817.º, por “excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (ou a maternidade), logo a partir dos vinte anos de idade”, assim diminuindo “o alcance do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade”, o legislador, por intermédio da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, veio estabelecer um regime de prazos de *dies a quo* subjectivo (solução que o próprio Tribunal anunciava como admissível, à luz da Constituição).

Em regra, e sintetizando o regime, a acção de investigação de maternidade e paternidade passou a poder ser proposta acção durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação (n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil), ou, para além desse prazo, e sem prejuízo das demais importantes excepções que a norma consagra, nos três anos posteriores ao conhecimento de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente quando cesse o tratamento como filho pela pretense progenitor biológico (al. b) do n.º 3 do artigo 1817.º do Código Civil).

Este (mais generoso) regime de prazos já foi desafiado judicialmente.

No Ac. n.º 401/2011, de 22 de Setembro, o Tribunal Constitucional considerou o prazo constitucionalmente admissível, mas a controvérsia jurisprudencial vai continuar.

¹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das Acções de Investigação”, in Revista Lexfamiliae, I, n.º 1, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2004, pp. 7-13; REIS, Rafael Vale, “Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho”, in Revista Lexfamiliae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família da FDUC, II, n.º 3, 2005, pp. 127-134.

No seu Acórdão de 14/01/2014¹¹, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) julgou inconstitucional o regime do prazo regra, entendendo redundar o prazo agora mais lato, ainda assim, numa restrição inaceitável aos direitos fundamentais envolvidos.

Tenho defendido que, à luz da Constituição portuguesa, qualquer regime de prazos é inadmissível.

Perante o anacronismo dos argumentos tradicionalmente aduzidos para defender a consagração de prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade, a evolução das concepções sociais e jurídicas e o avanço da ciência, não pode deixar de considerar-se aquela positividade uma restrição injustificada e desproporcionada ao *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, bem como ofensiva do seu conteúdo essencial, e portanto, constitucionalmente inadmissível.

Os prazos de caducidade deixaram de estar ao serviço da tutela de direitos ou interesses constitucionalmente relevantes, desde logo considerando o referido enfraquecimento dos argumentos que tradicionalmente os sustentavam e ainda o facto de dever considerar-se que o âmbito de protecção do direito à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* não pode tutelar o eventual interesse do progenitor, que participou num relacionamento biológico e afectivo de consequências reprodutivas, em não assumir a responsabilidade jurídica desse acto.

O direito do filho a conhecer e a ver reconhecidos juridicamente (quando não se ergue obstáculo atendível a esse reconhecimento) aspectos tão determinantes na formação da individualidade deve afastar qualquer pretensão do progenitor no sentido da não assunção do papel de pai ou mãe, a qual, ainda que apresente conexão com uma eventual tutela da sua própria individualidade (no sentido de um pretendo direito a não ser juridicamente reconhecido como progenitor), não pode ser colocada no mesmo plano.

Todo e qualquer prazo de caducidade das acções de investigação da maternidade e da paternidade deve ter-se por inconstitucional.

Note-se que o esforço harmonizador resultante da consagração de um sistema de prazos que tenha em consideração o momento a partir do qual o investigador está em condições de propor acção, como resulta do regime vigente, podendo ultrapassar um juízo de desproporcionalidade e ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental ao *conhecimento das origens genéticas*, não consegue ultrapassar a dificuldade que resulta da sua esterilidade ao nível da salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, pelo que deve rejeitar-se.

Há, porém, que considerar um outro ponto sensível.

O Supremo Tribunal de Justiça afirmou, no seu Acórdão de 18/02/2015¹², aceitar cindir “sem ofensa da Lei Fundamental o estatuto pessoal do estatuto patrimonial inerente este à

¹¹ Proferido no proc. 155/12.1TBVLC e disponível em www.dgsi.pt.

¹² Proferido no proc. 4293/10.7TBSTS e disponível em www.dgsi.pt.

declaração de filiação, para, acolhendo aquele e seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da avoenga), se limitarem as consequências desse reconhecimento excluindo aspectos patrimoniais, quando e se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter estatuto patrimonial e que a pretensão exercida merece censura no quadro factual concreto da actuação abusiva do direito – artigo 334.º do Código Civil.”

Nesse acórdão, o STJ reafirma, aliás, a posição manifestada previamente no Acórdão de 09/04/2013¹³, afastando-se assim da opinião contrária, e bastante crítica da solução, manifestada por MENEZES LEITÃO¹⁴.

Tenho defendido que deve ser colocada noutra plano, que não o da restrição ao *direito ao conhecimento das origens genéticas*, a consagração de mecanismos de evicção que paralyssem o exercício abusivo do direito a investigar a maternidade e paternidade.

Consideramos fora do âmbito de proteção do direito qualquer exercício abusivo, pelo que estamos no domínio de um seu limite intrínseco, se considerarmos que o princípio da responsabilidade subjaz a qualquer sistema de direitos e liberdades individuais.

Penso mesmo que seria útil a intervenção do legislador no sentido de consagrar a possibilidade legal de limitação dos efeitos do vínculo, admitindo o afastamento judicial dos efeitos patrimoniais (sucessórios e de alimentos), quando na acção ficasse provado que a proposição tardia da acção se deve apenas tentativa de obtenção de benefícios patrimoniais.

Assim se afastariam, de imediato, os inconvenientes (ainda que marginais) da consagração da regra da imprescritibilidade, impedindo-se as acções “caça-fortunas”. O ordenamento não deve aceitar que alguém dolosamente protele o exercício do seu direito, para depois, numa atitude oportunista, reclamar o seu quinhão no pecúlio do progenitor.

Claro que uma solução legal dessa natureza apenas seria constitucionalmente aceitável se assentasse na exigência do preenchimento de pressupostos legais rigorosos. Por exemplo, para que o julgador, na sentença, afastasse os efeitos patrimoniais do vínculo seria necessário demonstrar (cumulativamente): que a acção foi intentada com um atraso irrazoável (considerando o critério do «homem médio») tendo em conta o conhecimento dos factos que podem fundamentar a acção e que o autor apenas quis obter com a acção vantagens patrimoniais.

Os interesses patrimoniais são, em geral legítimos. Mas uma solução legal dessa natureza pretende fazer notar “que o direito de investigar é concedido para constituir o vínculo familiar em toda as suas dimensões, sem omitir as consequências patrimoniais que dele decorrem, mas que é ilegítimo desprezar os efeitos pessoais ao ponto de se considerar a paternidade

¹³ Proferido no proc. n.º 187/09.7TBPF e disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ MENEZES LEITÃO, Luís, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 2013 (Processo n.º 187/09.7TBPF.P1.S1 6.ª Secção)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, Vol. I, Janeiro/Março 2013, págs. 396 a 399, disponível em www.oa.pt.

como uma pura vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno”¹⁵.

Também não se diga que ela daria origem a “duas classes de filhos – uma com efeitos menores, apenas pessoais, e outra com efeitos plenos.”¹⁶ Na verdade, essa limitação dos efeitos resultaria de factos e comportamentos censuráveis, provados no processo e imputáveis ao filho/autor.

Talvez já não seja curial fixar legalmente o período de tempo a partir do qual o julgador pode afastar os efeitos patrimoniais, sendo preferível um esquema que deixe à prudente apreciação do julgador a qualificação dos factos como consubstanciando um exercício abusivo do direito de investigar, pois ele mais facilmente passaria no crivo do princípio constitucional da igualdade e não discriminação.

5.4. A maternidade de substituição e o designado “direito ao arrependimento”

A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA)), veio admitir a *maternidade de substituição* (ou *gestação de substituição*, na terminologia legal), em casos excepcionais e altruístas. A matéria foi, posteriormente, objecto de regulamentação no Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

O nosso país decidiu entrar no clube restrito cujos membros aceitam legalmente esta solução para casos graves de infertilidade.

Não está em causa a abertura a um mercado de úteros (que existe, como tem sido publicitado, por exemplo, nos EUA), mas antes uma garantia técnica adicional para situações que, de ponto de vista social, médico e ético, merecem da ciência uma resposta excepcional.

Não obstante, a legislação portuguesa em torno da *maternidade de substituição* foi, desde o início, tecnicamente mal elaborada e essas falhas não foram colmatadas com a regulamentação constante do referido Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho.

Acentuo, aqui, apenas duas fragilidades da mesma, que não esgotam os problemas que, na prática, poderão resultar da aplicação da lei.

A primeira diz respeito à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez (IVG) por parte da gestante (a mulher que “cede” o útero), por opção desta, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Na versão da legislação aprovada em 2016, os deputados parece terem esquecido que, em Portugal, todas as mulheres grávidas, e independentemente da causa dessa gravidez (mesmo

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade (...)”, *ob. cit.*, p. 12.

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 13, nota 19.

nos casos em que ela ocorreu num esquema de *maternidade de substituição*) podem interrompê-la voluntariamente (nos termos legalmente estabelecidos). Na pressa de aprovar um qualquer regime de *gestação de substituição*, escreveram no texto da lei que a gestante só pode revogar o consentimento dado para a aplicação da técnica “até ao início dos processos terapêuticos de PMA”. Isto significaria vedar a interrupção da gravidez a este grupo de mulheres grávidas!

A regulamentação depois publicada, veio, de certo modo, emendar a mão, admitindo que a gestante possa recorrer ao regime da IVG, tal como ele vem consagrado no Código Penal.

Porém, os potenciais problemas não ficam todos resolvidos, pois a gestante que interrompe a gravidez, ainda que actuando a coberto da licitude, viola o contrato celebrado com o casal beneficiário, pelo que importará perceber como, na prática, o CNPMA vai aceitar as cláusulas contratuais respeitantes a este ponto.

A segunda fragilidade diz respeito à não consagração legal do direito ao arrependimento da mãe portadora após o nascimento.

Neste ponto, a legislação especial sobre a gestação de substituição está em contradição com um princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, que o Código Civil garante há décadas (cfr. artigo 81.º, n.º 2).

Pode parecer estranha a defesa deste “direito ao arrependimento”. Porém, a verdade é que, nos ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, onde a figura é regulada desde a década de oitenta do século XX, os membros do casal beneficiário sabem que não podem dar por garantida a entrega da criança, tendo, necessariamente, que pedir ao Tribunal uma ratificação retrospectiva do procedimento, que apenas é concedido nos casos em que a criança já lhes tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora). A matéria é regulada no “*Surrogacy Arrangements Act 1985*”, (alterado, primeiro pelo *HFEAct 1990*, e depois, pelo *HFEAct 2008*), que proíbe a maternidade de substituição de natureza comercial, aceitando-a apenas num esquema de gratuidade e mediante autorização judicial que verifique o cumprimento de apertados requisitos.

Na versão do “*Surrogacy Arrangements Act 1985*” posterior às alterações de 1990 (secção 30 do *HFEAct 1990*), a lógica da admissibilidade da figura passou a ser a seguinte: apesar de não poder ser pedida a execução forçada dos contratos de *maternidade de substituição*, os membros do casal beneficiário, necessariamente unido pelo matrimónio (até às alterações de 2008, de que falaremos em seguida), interessado em gerar uma criança com base num acordo de “*surrogacy*” pode pedir ao tribunal, nos seis meses seguintes ao nascimento, uma autorização para serem reconhecidos juridicamente progenitores da criança (tecnicamente, devem peticionar uma “*parental order*”), sem necessidade de recorrer ao procedimento de adopção¹⁷. O sucesso da sua pretensão depende, para além de outros requisitos formais, da gratuidade do acordo (admitindo-se, porém, o ressarcimento de despesas razoáveis) e da

¹⁷ Embora o recurso à adopção não seja impedido. Esta via é a única possível quando nenhum dos membros do casal beneficiário forneceu material biológico.

circunstância de o casal ser geneticamente relacionado com a criança (bastando que um dele seja o dador de um dos gâmetas utilizados). Para além disso, a criança tem de estar já a viver com o casal beneficiário, o que pressupõe a entrega por parte da mãe gestacional, que, assim, tem o direito de se arrepender e recusar a entrega da criança (foi esta a grande inovação trazida pelas alterações de 1990). A decisão judicial só será favorável se a mãe gestacional der o seu consentimento, que só será válido se prestado, pelo menos, seis semanas após o parto, mesmo nos casos em que ela não contribuiu com o seu material genético¹⁸. Este regime, ainda hoje em vigor, pode assim ser classificado como de ratificação retrospectiva do recurso à maternidade de substituição, quando a criança tenha sido entregue e todos os envolvidos estejam de acordo.

Estas cautelas resultam da concessão à experiência da vida: o arrependimento da gestante acontece mais vezes do que se desejaria, e é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário.

Assim, mais vale avisar os destinatários que a gestação de substituição é arriscada para (todos) os envolvidos. Com este regime, a gestante também sabe que pode ter que ficar com a criança gerada, quando não contava com isso. Pense-se, por exemplo, nos casos em que os membros do casal beneficiário não estão em condições de a receber, simplesmente porque, desafortunadamente, morreram antes de o parto ocorrer...

5.5. Notas finais

Com esta minha comunicação procurei apresentar três exemplos de alterações (concluídas ou em curso) no Direito da Família que têm na sua origem fontes diversas, mas igualmente profícuas quanto ao seu resultado.

Desta forma, talvez tenha ajudado a reforçar a ideia segundo a qual, no domínio das pessoas, o Direito não se impõe, sendo antes conquistado, ou construído, a partir do âmago comunitário e do respaldo que este consegue ter nos operadores jurídicos, *lato sensu*.

¹⁸ Cfr. JOHNSON, Martin, "Surrogacy and the Human Fertilisation and Embryology Act", in SCLATER, Shelley / COOK, Rachel / KAGANAS, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 93 a 96.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/z7iz0xxqo/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

**Os teus... são meus?
(art.º 1904.º A do
Código Civil)**

Cecília Peixoto



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. OS TEUS... SÃO MEUS? (ART.º 1904.º A DO CÓDIGO CIVIL)¹

Cecília Peixoto*

6.1. Interpretação do novo regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais do artigo 1904º-A do Código Civil

6.2. Outras alterações legislativas decorrentes da Lei n.º137/2015, de 7 de setembro

6.3. O tratamento da questão no direito estrangeiro

6.4. Necessidade de proteção jurídica das relações da criança com terceiros

6.5. Necessidade de alterações legislativas?

6.6. Dificuldades na aplicação da lei – casos omissos

6.7. Bibliografia

Abreviaturas

Vídeo da apresentação

Resumo

A modificação do regime de exercício das responsabilidades parentais introduzida pela Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, veio criar algumas dificuldades por não ter contemplado alguns casos omissos. Nesta apresentação procedeu-se à interpretação do novo regime de regulação, em todos os seus elementos, à enunciação de situações paralelas no direito comparado, à análise da jurisprudência nacional e internacional de casos semelhantes tendo em vista perceber o motivo da alteração legislativa e auxiliar a tarefa de colmatar as lacunas detetadas.

Foi ainda abordado brevemente, a título complementar, o direito de convívio da criança e jovem com terceiros parentes ou não.

6.1. Interpretação do novo regime de exercício das responsabilidades parentais do artigo 1904º-A do Código Civil**a) A história**

A Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro teve como antecedentes o Projeto de Lei n.º 278/XII², apresentado em 25/07/2012, por iniciativa do PCP e BE, durante a XII Legislatura, o qual consagrava a possibilidade de coadoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procedia à 23.ª alteração ao Código de Registo Civil.

* Juíza de Direito – Comarca de Aveiro – Juízo de Comércio de Oliveira de Azeméis.

¹ O presente texto corresponde à intervenção no âmbito da ação de formação contínua do CEJ, que teve lugar no dia 12 de janeiro de 2018, no Porto, com exceção da parte em foi abordada a perspetiva psicológica sobre o tema por se encontrar em suporte de vídeo e da parte do direito comparado sobre o exercício das responsabilidades parentais pelo cônjuge ou companheiro do progenitor que foi agora incluída no texto por se entender ser enriquecedor para a compreensão do tema.

* Juíza de Direito – Comarca de Aveiro – Juízo de Comércio de Oliveira de Azeméis.

² Texto disponível in:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77794e7a677457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl278-XII.doc&inline=true>

Todavia, conhecidas as reservas dos partidos que, em coligação, tinham a maioria dos assentos parlamentares e que apoiavam o Governo então em funções, a referida proposta foi rejeitada por votação na especialidade em 14/03/2014³.

Na origem da Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, estiverem dois projetos de lei, designadamente o Projeto de Lei n.º 607/XII/3.⁴, apresentado em 14/05/2014, por iniciativa do PS, o qual previa a alteração do Código Civil, promovendo o alargamento do regime de exercício de responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor e o Projeto de Lei n.º 786/XII, apresentado em 20/02/2015, por iniciativa do PSD e pelo CDS/PP, o qual previa a alteração do Código Civil em matéria de responsabilidades parentais⁵.

Em razão da similitude dos projetos apresentados, veio a ser apresentada uma proposta conjunta por tais partidos, dando origem a um texto de substituição único⁶ que foi aprovado e posteriormente convertido na Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro.

Este diploma legal veio, em síntese, alterar o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, modificando o regime de exercício das responsabilidades parentais, designadamente alterando os artigos 1602.º, 1903.º e 1904.º do CC e procedendo ao aditamento do artigo 1904.º A do CC.

b) O texto da Lei

O regime das responsabilidades parentais foi alterado pelo referido diploma legal através da introdução de um novo preceito – o artigo 1904.º A do Código Civil.

O novo artigo 1904.º A do Código Civil tem a seguinte redação, que se transcreve para facilidade da compreensão da exposição:

“Exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de facto

³ <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37202>

⁴ Texto disponível in:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77324d44637457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl607-XII.doc&Inline=true>

⁵ Texto disponível in:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77334f44597457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl786-XII.doc&Inline=true>

⁶ Disponível in:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a67324d445a6b4e5467344c546b794f5449744e47526d59533035596a55794c5746684e444e694f5467355a6a557a4f4335775a47593d&fich=8606d588-9292-4dfa-9b52-aa43b989f538.pdf&Inline=true>

1 – Quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem ser também atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, exercendo-as, neste caso, em conjunto com o progenitor.

2 – O exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos termos do número anterior, depende de pedido do progenitor e do seu cônjuge ou unido de facto.

3 – O tribunal deve, sempre que possível, ouvir o menor.

4 – O exercício das responsabilidades parentais, nos termos do presente artigo, inicia-se e extingue-se antes da maioridade ou emancipação apenas por decisão judicial, com fundamento nos artigos 1913.º a 1920.º-A.

5 – Em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre os corresponsáveis parentais aplica-se o disposto nos artigos 1905.º e 1906.º, com as devidas adaptações.”

Através da alteração legislativa foi introduzida uma nova forma de atribuição de responsabilidades parentais, além da decorrente da paternidade e maternidade natural ou da estabelecida pela adoção.

O conceito de “atribuição”, por não se incluir na terminologia jurídica frequentemente utilizada em matéria de responsabilidades parentais, sugere um âmbito superior ao do mero exercício de tais responsabilidades.

Com efeito, o legislador veio prever a possibilidade de conceder, por decisão judicial, responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido de facto do pai ou mãe quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos progenitores.

São, em síntese, requisitos substantivos da atribuição das responsabilidades parentais:

- Duas pessoas casadas entre si ou em união de facto;
- Exercício por uma delas as responsabilidades parentais em relação à criança;
- Estabelecimento da filiação (natural ou por adoção) a favor de um dos membros do casal ou da união;
- Inexistência de um segundo vínculo de filiação estabelecido em relação à criança.

Por “estabelecimento da filiação” deve entender que se encontra incluída quer a natural, quer a estabelecida pela adoção, por não ser feita tal distinção pela letra da lei e atenta a história da alteração legislativa.

A atribuição das responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido do pai ou da mãe depende, formalmente, do pedido do progenitor e do seu cônjuge ou unido de facto e, sempre que possível, da audição da criança.

Se relativamente ao primeiro requisito formal inexistem dúvidas por não ser concebível a atribuição de tamanhas responsabilidades sem o pedido do cônjuge ou unido do pai ou mãe e deste, no que se refere à audição da criança, entendemos, face à consagração da regra da audição obrigatória da criança ou jovem no artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível aprovado pela Lei n.º 141/2015 de 8 de setembro, que somente nas hipóteses de incapacidade da criança é que pode não ter lugar a sua audição.

Se posteriormente à atribuição das responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido de facto ocorrer divórcio, separação, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre os corresponsáveis parentais, aplica-se o disposto nos artigos 1905.º e 1906.º, ou seja, há lugar à regulação do exercício das responsabilidades parentais nos termos gerais em que aquelas hipóteses de dissolução do casamento ou união ocorram entre os progenitores.

c) A razão

Na génese da alteração legislativa encontra-se o intuito de proteger o interesse da criança ou jovem, nomeadamente de privilegiar os vínculos afetivos que este tenha desenvolvido com o/a cônjuge ou o/a companheiro/a da mãe ou do pai.

A importância da manutenção dos vínculos afetivos, enquanto integradora do interesse da criança ou jovem, encontra respaldo noutros normativos legais.

Com efeito, no artigo 1978.º, n.º 1 do CC determina-se que a medida de confiança com vista a futura adoção depende da verificação do comprometimento sério ou inexistência de *laços afetivos* próprios da filiação.

Igualmente no artigo 3.º, n.º 2, alínea c), da LPCJP considera-se que a criança ou jovem se encontra em perigo quando não receba a *afeição* adequados à sua idade e situação pessoal.

Na alínea d) do mesmo normativo, para se concluir por uma situação de perigo, igualmente leva-se em consideração o estabelecimento de uma *forte relação de vinculação* entre a criança ou o jovem e terceiros quando esteja ao cuidado destes e se verifique em simultâneo o não exercício pelos pais das suas funções parentais.

Por seu turno, na alínea f) da mesma disposição legal, revela o prejuízo do *equilíbrio emocional* da criança ou jovem decorrente da sujeição deste a certos comportamentos para a verificação de uma situação de perigo.

No artigo 4.º da LPCJP consagra-se, aliás, que a intervenção deve respeitar a manutenção das relações de afeto de qualidade e significativas da criança ou jovem enquanto principal vertente do interesse superior da criança e do jovem.

A ideia de afeto veio substituir o conceito de família patente na lei, assente nos laços de sangue, privilegiando-se aquele em detrimento destes.

A família, de acordo com a noção dada pelo 16.º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

Igualmente, no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950) é dada proteção à família quando ali se dispõe que “[q]ualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

Assim, também no artigo 8.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, se consagrou que “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal.”

Por seu turno, no Princípio 6.º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, se fez constar que “A criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afeto e segurança moral e material”.

No plano nacional, no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe de “Outros direitos pessoais”, reconhece-se a todos “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

No artigo 36.º da Lei Fundamental consagra-se o direito a constituir família sem que se proceda à definição do que se entende por esta, deixando o campo de abrangência aberto o suficiente para nele se incluir as famílias naturais, as famílias monoparentais, as famílias de casais homossexuais, às famílias unidas de facto pelo afeto... referindo Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷ que as famílias correspondem atualmente a “comunidades constitucionalmente protegidas”.

Os preceitos legais internacionais e nacionais acolhem nos tempos atuais uma noção alargada de família, assente no afeto.

⁷ In Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1.º, Coimbra Editora, 2014, p. 567.

Nesta perspetiva deve falar-se, como refere Júlio Barbosa e Silva⁸, de uma crise do conceito da família e não da figura propriamente dita, encontrando-se estabelecida uma Nova Ordem Familiar em que o afeto é a trave mestra dos novos fenómenos familiares.

A importância de se ultrapassar a ideia de laços biológicos ou legais na definição de família foi sublinhada pela OMS⁹ nos seguintes termos: “o conceito de família não se limita aos laços de sangue, casamento, parceria sexual ou adoção. Qualquer grupo cujas relações sejam baseadas na confiança, suporte mútuo e um destino comum pode ser considerado família”.

Nas palavras do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/11/2004¹⁰ a família é (agora) “*um lugar de afeto*”.

Entende, aliás, Clara Sottomayor¹¹ que afeto é “*um conceito jurídico suscetível de prova porque objetivável em atos de cuidado demonstráveis em Tribunal pelos processos tradicionais de prova*”.

A nova conceção de laços familiares inspirou e encontra-se no cerne da alteração legislativa em análise, por via da qual se pretendeu abranger novas realidades de afetos através do alargamento da titularidade das responsabilidades parentais, sem, contudo, reconhecer possibilidade de existência de um duplo laço de filiação de duas pessoas do mesmo sexo relativamente a uma criança ou jovem.

A interpretação desta nova figuração de atribuição de responsabilidades parentais deve ter presente esta razão e na perspetiva do superior interesse da criança ou jovem, o qual parece, numa primeira análise, esquecido da letra da lei.

No texto do novo preceito legal somente se faz alusão à audição da criança ou jovem, não se tendo feito (expressamente) depender a atribuição das responsabilidades parentais da existência de uma relação afetiva significativa e gratificante para a criança ou jovem e olvidando-se o interesse de eventuais filhos menores de idade do novo titular de responsabilidades parentais.

O foco do artigo 1904.º A do Código Civil afigura-se estar nos requerentes da atribuição e não no sujeito relativamente ao qual as responsabilidades parentais serão exercidas, cuja audição aparenta ser facultativa ou dispensável.

A análise conforme da nova figura com o sistema jurídico impõe conclusões diversas daquelas que resulta da leitura estrita da letra da lei que é mister não olvidar.

⁸ In “O direito da Criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos”, Revista do CEJ, 2015-I, p. 119.

⁹ Quick Uptakes, 1994, p. 1568.

¹⁰ Processo nº04A3795, disponível in:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b967a16b044acab80256f88006917ad?OpenDocument>

¹¹ In Direito dos afectos e o interesse da criança, Temas de Direito das Crianças, Almedina, 2016, pp. 309 e 319.

6.2. Outras alterações legislativas decorrentes da Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro

O novo diploma legal instituiu ainda a possibilidade de atribuição do exercício das responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido em caso de *impedimento* de ambos os pais por via da alteração do artigo 1903.º, n.º 1, a), do Código Civil.

Criou-se ainda a possibilidade de atribuição do exercício das responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido em caso de *morte* de um dos progenitores e de impedimento do sobrevivente, dando-se novo texto ao artigo 1904.º do Código Civil.

A relação anterior de responsabilidades parentais passou a ser um *impedimento matrimonial* que se encontra previsto na atual redação do artigo 1602.º, b), do Código Civil dada pela Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro.

Mantiveram-se outros direitos/deveres do cônjuge ou companheiro/a do/a progenitor/a que passam despercebidos, nomeadamente a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar prevista no artigo 1675.º Código Civil, o que incluiu necessariamente os encargos havidos com os filhos do cônjuge na economia das despesas familiares ainda que não se tratem de alimentos.

A delegação do exercício das responsabilidades parentais no cônjuge ou companheiro do pai ou mãe da criança constitui uma possibilidade conferida pelo artigo 1906.º, n.º 4 do Código Civil.

Igualmente permaneceu a obrigação de prestação de alimentos pelo padrasto e/ou madrasta, relativamente a enteados menores de idade que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste, nos termos do artigo 2009.º, n.º 1, f), do Código Civil.

Por disposição testamentária do progenitor falecido pode ser designado tutor do/a filho menor de idade, o cônjuge ou companheiro/a daquele nos termos do artigo 1928.º do Código Civil, ainda que tenha progenitor sobrevivente e desde que este não exerça as responsabilidades parentais.

Por último e como alternativa mais abrangente no que se refere ao conteúdo e mais frequentemente utilizada em relação à atribuição das responsabilidades parentais, permanece a faculdade de adoção do filho do cônjuge ou companheiro por este nos termos do disposto no artigo 1972.º, n.º 2, do Código Civil.

A adoção, todavia, continua a ser a figura mais utilizada pelos cônjuges ou companheiros dos progenitores das crianças ou jovens tendo em vista a criação de uma relação jurídica com estas por possibilitar estabelecimento de um vínculo próprio da filiação mesmo nos casos em que a filiação se encontra estabelecida a favor dos dois progenitores.

6.3. O tratamento da questão no direito estrangeiro

No panorama europeu diversas legislações contêm previsões sobre o exercício das responsabilidades parentais pelos cônjuges ou companheiros dos progenitores, mesmo nos casos em que a filiação se encontra estabelecida a favor de ambos os progenitores.

Assim, no caso da Alemanha, temos que o §1687b do BGB¹² permite que o cônjuge ou companheiro do progenitor que exerça exclusivamente as responsabilidades parentais, exerça as responsabilidades parentais correntes mediante o acordo com este e que, em caso de perigo, possa tomar as decisões necessárias no interesse da criança, devendo tal ser comunicado, logo que possível, ao progenitor que exerça as responsabilidades parentais.

O Tribunal pode restringir ou excluir tais poderes nos casos em que o interesse da criança ou jovem assim o impuser.

Na Holanda, no artigo 1:253sa do Código Civil Holandês¹³ estatui-se que, quando a criança nasce durante o casamento ou união de facto do progenitor e do seu cônjuge ou companheiro, as responsabilidades parentais são exercidas em conjunto por estes exceto se existir uma relação legal com o outro progenitor.

Fora destes casos, de acordo com o artigo 1:253t do mesmo Código, existe ainda a possibilidade de ser regulado o exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo progenitor e pelo seu cônjuge ou companheiro, por decisão judicial, desde que as mesmas somente sejam exercidas por aquele progenitor e que tal seja requerido em conjunto pelo progenitor e o seu cônjuge ou companheiro e que exista uma relação pessoal estreita entre o cônjuge ou companheiro do progenitor e a criança.

O sobrenome da criança ou jovem pode ser alterado para o do cônjuge ou companheiro nos termos e condições previstas no artigo 1:253t, nº5 do Código Civil Holandês.

Em caso de divórcio ou separação, o exercício das responsabilidades parentais podem ser atribuídas ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do progenitor se o interesse da criança ou jovem assim o determinar (cfr. artigo 1:253v e 1:254n) e, em caso de falecimento do progenitor que detém as responsabilidades parentais, o seu cônjuge ou companheiro fica automaticamente como tutor da criança (cfr. artigo 1253x).

O exercício das responsabilidades parentais pelo cônjuge ou ex-cônjuge ou companheiro ou ex-companheiro cessa quando o Tribunal atribua o exercício das responsabilidades parentais a ambos os progenitores ou quando o Tribunal assim o determine, de forma definitiva e obrigatória (cfr. artigo 1:253y).

¹² Cfr. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5882

¹³ Cfr. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> e Maria João dos Santos Serra in Responsabilidades Parentais Atribuídas a Terceiros de Referência, Coimbra, 2016, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34885/1/Responsabilidades%20Parentais%20Atribuidas%20a%20Terceiros%20de%20Referencia.pdf>

6.4. Necessidade de proteção jurídica das relações da criança com terceiros

A alteração legislativa em análise, face à teleologia subjacente à mesma, impõe ainda a questão de saber se existe necessidade de tutelar juridicamente outras relações afetivas das crianças e jovens com terceiros, além das estabelecidas com os cônjuges ou companheiros dos seus progenitores.

A este propósito vejamos primeiramente as normas nacionais e europeias onde tal interesse pode já estar tutelado, depois analisemos ao nível do direito comparado a existência de previsões normativas nesse sentido e seguidamente decisões jurisprudenciais nacionais e internacionais sobre a matéria tendo em vista almejar uma conclusão.

a) Direito nacional

A título meramente enunciativo veja-se, ao nível comunitário, o disposto no artigo 2.º, n.ºs 7 e 8 do Regulamento (CE) n.º 1347/2000» (Regulamento Bruxelas II bis):

“7. 'Responsabilidade parental', o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança. O termo compreende, nomeadamente, o direito de guarda e o direito de visita.

8. 'Titular da responsabilidade parental', qualquer pessoa que exerça a responsabilidade parental em relação a uma criança.”

Conforme se infere da letra das normas transcritas, não se exige a vinculação por laços de sangue para o reconhecimento da titularidade das responsabilidades parentais, somente se prevendo a sua atribuição por decisão judicial, pela lei ou por acordo.

No n.º 10 do mesmo preceito entende-se por “'Direito de visita', nomeadamente o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente do da sua residência habitual.”

A este propósito refere Carlos Marinho¹⁴ que *“este regime será aplicável independentemente de quem seja o beneficiário do direito de visita. Em conformidade com o direito nacional, o direito de visita poderá ser atribuído ao progenitor com o qual a criança não reside, mas também a qualquer outro membro da família, nomeadamente os avós ou terceiros.”*

Neste sentido podemos dizer que a abrangência da legislação comunitária incluiu a proteção das relações das crianças e jovens com terceiras pessoas, mesmo que não estejam ligadas àquelas por laços de sangue.

¹⁴ in Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980, in: Direito Internacional da Família, Tomo I, [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, [Consult. 12 jan 2018], disponível na internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Familia_Tomo_I.pdf

Ao nível do direito nacional, no artigo 1887.º-A do Código Civil encontramos a tutela de contactos com irmãos e ascendentes das crianças e jovens.

Por seu turno, no artigo 57.º, n.º 1, b), da LPCJP prevê-se que conste nos acordos de promoção e proteção “os direitos e os deveres dos intervenientes, nomeadamente a periodicidade das visitas por parte da família *ou das pessoas com quem a criança ou o jovem tenha especial ligação afetiva (...)*”.

Por via da ação tutelar cível, prevista no artigo 67.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, entendemos que se pode requerer e determinar o estabelecimento de visitas entre a criança ou jovem e terceiros que tenham um papel significativo na vida daqueles e sem prejuízo da estabilidade da relação entre aqueles e os progenitores.

Com efeito, o direito da família e das crianças e jovens, além de gozar das prerrogativas da jurisdição voluntária, mormente por a esta presidirem critérios de oportunidade e conveniência por oposição ao critério da legalidade estrita, tem de ser entendido como um direito vivo, que tem de acompanhar a evolução dos tempos.

Assim, e atenta a ideia da criança ou jovem como sujeito de direitos, tem de concluir-se que o direito de manutenção de contactos com terceiras pessoas que têm uma grande relevância na sua vida é um direito da criança ou jovem e não do terceiro. Este é detentor de um mero interesse juridicamente relevante ou reflexo.

Acerca do direito de visitas dos avós aos netos, já no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/03/1998¹⁵, se entendeu que *“De todo o modo, no confronto do interesse do menor com o interesse dos avós, prevalecerá sempre o do primeiro. O que significa que o interesse do menor condiciona “o direito de visita” dos avós, podendo conduzir à sua limitação ou mesmo supressão, quando seja suscetível de lhe acarretar prejuízos ou de o afetar negativamente.”*

b) Direito comparado

Ao nível do direito comparado, sem prejuízo das dificuldades na sua investigação, verificamos que no artigo 160º, n.º 2, do Código Civil¹⁶ espanhol se consagra o direito da criança ou jovem a visitar parentes e/ou pessoas chegadas/próximos.

Do mesmo modo no artigo 371.º 4, do Código Civil francês¹⁷ se contempla a possibilidade de visitas a ascendentes e terceiros, como direito protegido da criança ou jovem.

¹⁵ p. 98A058, in:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/87bb42a7f2cf6b24802568fc003b7d93?OpenDocument>

¹⁶ “2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Sólo motivos graves podrán obstaculizar este derecho. Si esto fuera en interés del niño, el juez aux affaires familiares fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su pariente. ” in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

- Caso Boyle v. Reino Unido de 28/02/1994²⁶, no qual se reconheceu o direito de visitas aos tios.

6.5. Necessidade de alterações legislativas?

Atenta a vasta jurisprudência nacional e internacional sobre a matéria mas atentando a letra da lei, coloca-se a questão de saber se existe a necessidade de uma alteração legislativa quer sobre a possibilidade de alteração do regime do exercício das responsabilidades parentais quando a filiação se encontre estabelecida relativamente aos dois progenitores, quer a de estabelecimento de convívios com terceiros parentes ou não.

Júlio Barbosa e Silva²⁷ propõe a alteração do artigo 887.º A do Código Civil no sentido de se consagrar o direito da criança ou jovem a manter convívios com os parentes e com terceiros com quem tenha criado uma relação afetiva forte e significativa e a forma de efetivar esse direito mediante apresentação de acordo para homologação ou instauração de ação para o efeito.

Maria João dos Santos Serra²⁸ entende, a propósito do regime do exercício das responsabilidades, que deve ser ponderada a sua alteração no sentido de ser possível a atribuição daquele exercício ao cônjuge ou companheiro/a do progenitor quando a filiação esteja estabelecida quanto aos dois pais.

Quanto a nós, entendemos que a clarificação da letra da lei e o alargamento da atribuição das responsabilidades parentais às hipóteses em que a filiação se encontra estabelecida a favor dos dois progenitores deve ser ponderada ao nível de alteração legislativa levando em consideração o superior interesse das crianças e jovens.

No que se refere ao direito de convívios, julgamos que deve ser permitido relativamente a outros parentes e terceiros com os quais se tenha estabelecido uma relação afetiva significativa quando tal corresponda àquele superior interesse, nele se incluindo a estabilidade da relação entre os progenitores e os filhos, e que sendo desejável a sua consagração expressa na lei, é a mesma já possível de acordo com uma interpretação atualista do artigo 1887.º-A do CC.

²⁵ *In*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22Schneider%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-106171%22}>

²⁶ *In*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22Boyle%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57864%22}>

²⁷ *In ob. cit.*, pp. 154-157

²⁸ *In ob. cit.*, pp. 53-54

6.6. Dificuldades na aplicação da lei – casos omissos

Na sequência do convite para o tratamento do tema, foi-nos colocado o seguinte problema que aflora algumas das lacunas que a Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, veio introduzir no nosso sistema legal.

Assim, passa-se a expor o caso:

- Em maio de 2017, por decisão judicial, as responsabilidades parentais relativas à enteada B foram atribuídas ao A, companheiro da sua mãe, nos termos do artigo 1904.º-A, n.º 1 do Código Civil;
- Em agosto de 2017, B veio a ser perfilhada pelo C;
- Em setembro de 2017, o padrasto A e a mãe de B separaram-se e o primeiro intenta uma providência tutelar civil para regulação do exercício das responsabilidades parentais com fundamento no art. 1904.º A, n.º 3 do Código Civil, pedindo que seja fixado um regime de guarda partilhada relativamente à B;
- C vem requerer a admissão da intervenção principal no âmbito da ação, o que é admitido.

Considerando que, nos termos do artigo 1797.º, n.º 2, do Código Civil, o estabelecimento da filiação tem eficácia retroativa, a hipótese supra exposta revela a omissão da lei que veio proceder ao alargamento da atribuição das responsabilidades parentais, quanto a estes casos.

Partindo de uma interpretação conforme o espírito da lei e do sistema jurídico, adiantou-se a solução de que a atribuição das responsabilidades parentais ao ex-cônjuge da mãe de B cessou a partir da data da perfilhação, por caducidade.

De todo o modo, temos que, tratando-se de matéria do âmbito da jurisdição voluntária, a decisão de atribuição das responsabilidades parentais teria forçosamente de ser declarada cessada por força da perfilhação, visto que deixaram de estar reunidos os pressupostos legais desde então e deveria, caso se verificasse ser do superior interesse da B, estabelecer um regime de convívios entre esta e o A de acordo com uma interpretação atualista do artigo 1887.º A do Código Civil.

Necessariamente, deverá a lei ser alterada no sentido de se prever expressamente essa caducidade automática ou de excecionar a produção de efeitos da perfilhação no que se refere às responsabilidades parentais a partir do nascimento antes cessando os mesmos quando seja proferida decisão judicial nesse sentido, após ponderação do superior interesse da criança, quando exista anteriormente decisão de atribuição das responsabilidades parentais ao cônjuge ou companheiro/a do outro progenitor.

6.7. Referências bibliográficas

- GUERRA, Paulo, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, Almedina, 2016
- GUERRA, Paulo/BOLIEIRO, Helena, *A Criança e a Família: Uma Questão de Direito(s) - Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, 2014
- LAMAS, Helena, *Legitimidade e alcance da intervenção de terceiros no processo judicial de promoção e protecção*, in *Intervenção em sede de promoção e protecção de crianças e jovens*, [Em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, [Consult. 16 fev 2016], disponível na internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_sede_promocao_o_protecao_crianças_jovens.pdf
- MARINHO, Carlos, *Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980*, in *Direito Internacional da Família*, Tomo I, [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, [Consult. 12 jan 2018], disponível na internet:<URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Familia_Tomo_I.pdf
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005
- MOREIRA, Vital / CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume 1º, Coimbra Editora, 2014
- OLIVEIRA, Guilherme de/ COELHO, Francisco Pereira, *Curso de Direito da Família - Volume II - Direito da Filiação - Tomo I*, Coimbra Editora, 2006
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo - Anotada e Comentada - Jurisprudência e Legislação*, Quid Juris, 2014
- SERRA, Maria João dos Santos, *Responsabilidades Parentais Atribuídas a Terceiros de Referência*, Coimbra, 2016, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34885/1/Responsabilidades%20Parentais%20Atribuidas%20a%20Terceiros%20de%20Referencia.pdf>
- SILVA, Júlio Barbosa e, *O direito da Criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos*, *Revista do CEJ*, 2015-I, pp. 113-158
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Direito dos afectos e o interesse da criança*, Temas de Direito das Crianças, Almedina, 2016
- VARELA, Antunes, BEZERRA, Miguel Bezerra e NORA, Sampaio, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 2ª Ed.

Abreviaturas

- Ac. – Acórdão
- Al. – Alínea
- Art. – Artigo
- BE – Bloco de Esquerda
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
- CC – Código Civil
- CDS/PP – Centro Democrático Social/Partido Popular
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CEJ – Centro de Estudos Judiciários
- CFR – conferir
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DL – Decreto-Lei
- DR – Diário da República
- LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
- Ob. cit. – Obra citada
- OMS – Organização Mundial de Saúde
- P. – página
- PCP – Partido Comunista Português
- PP – páginas
- Proc. – Processo
- PSD – Partido Social Democrata
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TC – Tribunal Constitucional
- TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- V. – Vide
- Vol. – Volume

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1c2qq20bgb/flash.html>

7.

**Filiação e
parentalidade à luz
da jurisprudência
do TEDH**

**Antônio Marcelo
dos Reis**



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. FILIAÇÃO E PARENTALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

António Marcelo Reis*

7.1. Noções gerais

7.2. O papel dos juristas do TEDH

7.3. Estrutura dos acórdãos do TEDH nesta matéria

7.4. A definição de vida familiar

7.5. Margem de apreciação e melhor interesse do menor

7.6. O “valor acrescentado”, para as jurisdições portuguesas, do acórdão Soares de Melo contra Portugal (queixa n.º 72850/14)

Palavras-chave: efeito direto; vida familiar; ingerência; motivos pertinentes e suficientes; proporcionalidade; necessidade; margem de apreciação; melhor interesse da criança; obrigações positivas; progenitores; laços familiares.

«O melhor meio para sensibilizar os juízes nacionais e para os incitar a aplicar o princípio da subsidiariedade, que os investe na missão de serem eles próprios decisores em sede de violações alegadas da Convenção, é obviamente dar-lhes a conhecer o alcance dos acórdãos e, por conseguinte, da utilização destes nos casos concretos que lhes sejam submetidos.»

Louis-Edmond Pettiti

7.1. Noções gerais

É muito relevante para aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos a noção de que esta possui efeito horizontal (direto): aplica-se ao contencioso interindividual nos tribunais internos. A Convenção faz parte da legalidade que o Juiz deve respeitar e, em consequência, o efeito direto dos direitos consagrados é tanto vertical (contencioso de Direito público) como horizontal (contencioso de Direito privado). Daqui, não é abusivo afirmar-se que os juízes nacionais são, de pleno direito, órgãos da Convenção, tendo um papel insubstituível na nobre missão de respeitar e fazer respeitar os direitos garantidos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos opera uma interpretação evolutiva da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Assim, dos direitos consagrados, por exemplo, no seu artigo 8.º, o Tribunal retira direitos inerentes: a título meramente exemplificativo, do direito ao respeito da correspondência o Tribunal extraiu um direito de se corresponder (cf. acórdão *Golder*). Por isso se diz que o Direito europeu é pretoriano, claramente um ordenamento jurídico de construção jurisprudencial.

A vida familiar inscreve-se no universo da vida privada, que constitui uma noção ampla que cobre a integridade física e moral do indivíduo, a sua identificação sexual, o seu nome, a sua orientação sexual, a sua vida sexual, as informações relativas à sua saúde, a sua identidade

* Juiz de Direito – Comarca de Faro – Juízo de Comércio de Olhão da Restauração.

étnica, o seu direito à realização pessoal, o seu direito a estabelecer relações com os seus semelhantes e com o mundo exterior. Este direito é insuscetível de definição exaustiva.

7.2. O papel dos juristas do TEDH

Os juristas que trabalham no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são juristas “B”, essencialmente adstritos à elaboração das decisões de Juiz Singular (de inadmissibilidade), mas não apenas. Os juristas “A” têm a incumbência de redigir os projetos de acórdãos em *Chambre* (composição de 7 Juízes) ou, para os mais experientes, de trabalhar nos acórdãos de *Grande Chambre* (de 17 Juízes).

Os projetos são elaborados pelo jurista sob a supervisão do Juiz Relator; uma vez o acórdão aprovado pelo Juiz Relator (a sua identidade é confidencial), e pelo Greffier, cuja missão é manter a sistematicidade da jurisprudência do Tribunal, é submetido à deliberação na *Chambre*.

O *Greffier/Registrar* (Escrivão é uma tradução enganosa) tem um papel muito importante, na sequência do acima referido: o de assegurar a coerência da jurisprudência, evitando decisões contraditórias sobre a mesma matéria geral, em função dos diversos Estados (47) do Conselho da Europa. Essa atividade é designada por *Quality Check* (Controlo de Qualidade, na formulação em língua inglesa).

O jurista participa, tomando nota dos resultados das discussões e votações, em sede de deliberações, tendo de introduzir as alterações eventualmente necessárias no projeto final, que irá para publicação. Naturalmente os juristas têm um dever de sigilo quanto a tudo o que se passa no seio do processo deliberativo.

7.3. Estrutura dos acórdãos do TEDH nesta matéria

O TEDH analisa, liminarmente, se a queixa cabe na previsão do artigo 8.º da Convenção. Os valores jurídicos protegidos são quatro: vida privada; vida familiar; domicílio; e correspondência. Naturalmente, nalguns casos os bens jurídicos afetados podem ser, simultaneamente, de várias destas esferas.

Se a queixa couber na esfera do preceito, passar-se-á à determinação duma “interferência” ou “ingerência”, e a apurar-se:

- se a interferência estava prevista na lei (art. 8.º, n.º 2);
- se prosseguia um fim legítimo (art. 8.º, n.º 2); e
- se ela era necessária numa sociedade democrática (art. 8.º, n.º 2).

O TEDH procurará sempre apurar se a interferência (medida que “interfere” com um direito fundamental) viola ou não viola o art. 8.º. Importa salientar que este conceito é neutro: a ingerência em si e por si não constitui uma violação. Toda a ação do Estado é, por natureza,

uma ingerência: tributa, limita direitos económicos, laborais, sociais, etc., sem que isso represente uma violação da ordem jurídica.

Tal remete para a fundamentação da decisão: relativamente à qual importa perguntar se os motivos indicados eram pertinentes e suficientes.

Os motivos pertinentes são os previstos na Convenção (n.º 2 do art. 8.º), para além da sua legalidade à luz do Direito nacional.

Quanto à proporcionalidade: a noção de “necessidade” supõe uma interferência fundada numa *necessidade social imperiosa*, em particular proporcionada quanto à finalidade legítima procurada.

7.4. A definição de vida familiar

A parentalidade e filiação surgem na Convenção sob as roupagens da *vida familiar* (art. 8.º).

A noção de vida familiar é autónoma. Ela foi paulatinamente construída pelo Direito pretoriano europeu: não depende das ordens nacionais. O “ingrediente” fundamental da vida familiar é o direito de viver em comum, em termos que permitam a formação e manutenção de laços familiares. Cobre laços jurídicos ou meramente factuais, onde sejam identificáveis elementos afetivos, e também uma vontade de vida em comum. A existência ou não de vida familiar releva da matéria de facto, e esta é uma competência exclusiva dos tribunais dos Estados membros da Convenção.

Dada uma certa factualidade, que foi fixada pelos Tribunais internos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem plena discricionariedade para a qualificar como relevando ou não da vida familiar. Em termos gerais, o Tribunal não pode alterar ou reconfigurar os factos, mas pode (aqui sob o ângulo do artigo 6.º) questionar como os mesmos foram adquiridos: por exemplo, se com violação do contraditório, ou também do princípio da igualdade de armas, à luz do processo equitativo.

7.5. Margem de apreciação e melhor interesse do menor

Em situações de urgência, o TEDH reconhece aos Estados uma ampla *margem de apreciação* (para, por exemplo, colocar uma criança em risco). Contudo, essa margem reduz-se em caso de separação prolongada, estreitando a margem de apreciação dos Estados.

Estando os laços familiares estabelecidos, o Estado deve desenvolvê-los e tomar medidas adequadas a reunir progenitores e filhos. Torna-se imperativo dar prevalência decisiva ao interesse superior da criança, ou ao melhor interesse desta. As autoridades nacionais são, por princípio, as que melhor podem avaliar a situação, logo também o melhor interesse dos menores: o TEDH não as substitui (não se trata aqui de um recurso, mas de uma queixa).

Contudo, nesta matéria, o Tribunal possui plena jurisdição para apreciar, no caso concreto, se as autoridades nacionais foram ou não criteriosas na definição do melhor interesse da criança no caso concreto e não sua concatenação com outros interesses legítimos.

7.6. O “valor acrescentado”, para as jurisdições portuguesas, do acórdão Soares de Melo contra Portugal (queixa n.º 72850/14)

Na visão do TEDH, houve, à luz da Convenção, dois grandes problemas no tratamento desta situação concreta, que são outras tantas mensagens enviadas às jurisdições internas.

Primeiramente, foram invocados pelos tribunais motivos não pertinentes – a recusa de submissão a uma esterilização foi invocada, sendo valorada contra a Queixosa. Nota-se que, ainda que os tribunais não pusessem esta questão como aspeto central, o certo é que ela foi referida em todas as instâncias, não podendo assim ser desvalorizada quanto à sua relevância para a decisão final. O Tribunal reconheceu que a ausência de planeamento familiar degradou as condições materiais de vida da Queixosa. Contudo, a vinculação desta a uma intervenção de esterilização foi considerada pelo Tribunal particularmente grave, sendo certo que a recusa desta a submeter-se a tal operação foi valorada contra ela (§ 111). Ora, o Tribunal afirma que a manutenção dos direitos parentais jamais pode ser posta na dependência da aceitação duma operação de esterilização, mesmo na hipótese dum compromisso voluntário e informado.

Em segundo lugar, os motivos mostraram-se insuficientes. A pobreza e condições materiais muito precárias, verificadas no caso concreto, são inquestionáveis. Sem preocupação de exaustividade, no caso concreto foram identificadas inúmeras situações de grande precariedade: lixo acumulado no lar – numa fase inicial, depois melhorada; dependência da ajuda dos vizinhos e do Banco Alimentar; falta de segurança da instalação elétrica...

Porém, a circunstância de uma criança ser passível de acolhimento num ambiente mais propício à sua educação, e vida em geral, não justifica a sua subtração aos seus progenitores; são necessárias outras circunstâncias (cf. Soares de Melo, §§ 89, 93, 107-108), designadamente a condição psíquica dos progenitores, a sua incapacidade afetiva, educativa ou pedagógica, como se refere no aresto. Na verdade, o Tribunal jamais aceitou a retirada duma criança com fundamento exclusivo neste tipo de considerações, sendo sempre necessário algo mais.

«S’il est vrai que, dans certaines affaires déclarées irrecevables par la Cour, le placement des enfants a été motivé par des conditions de vie insatisfaisantes ou des privations matérielles, cela n’a jamais constitué le seul motif servant de base à la décision des tribunaux nationaux: à cela s’ajoutaient d’autres éléments tels que les conditions psychiques des parents ou leur incapacité affective, éducative et pédagogique (...)»: acórdão Soares de Melo, § 107.

O artigo 8.º da Convenção coloca na esfera dos Estados obrigações positivas inerentes a um respeito efetivo da vida familiar. O Estado, mais do que diagnosticar uma situação de carência, daí retirando consequências – designadamente a retirada dos menores – deveria ter, de modo

ativo, contribuído para que a progenitora fosse capaz de desempenhar melhor as suas funções parentais (ajudando-a na obtenção de auxílio social).

O TEDH estabeleceu a necessidade de procurar um equilíbrio entre os diversos interesses concorrentes: os da criança; os dos progenitores; e os da ordem pública (Soares de Melo, § 91). Mas sempre com a primazia do interesse superior da criança ou do menor (declaração de voto concordante do Juiz Sajó). O afastamento deste dos seus progenitores é um «último recurso», medida radical que só se justifica para responder à finalidade de proteger uma criança que enfrenta um perigo iminente.

De resto, deve ser salientado que o melhor interesse da criança não é necessariamente contraditório com o interesse dos seus progenitores a terem com esta uma vida familiar. A regra do superior interesse do menor não pode ser interpretada como um imperativo que exclui os direitos fundamentais dos progenitores. Esta interpretação encontra suporte no artigo 9.º, § 1.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança: o menor não deve ser separado dos pais contra a vontade destes, a não ser que tal separação se mostre necessária à salvaguarda do interesse superior da criança.

O Tribunal conclui que é também do interesse da criança a manutenção dos laços familiares, a não ser que a família se mostre particularmente indigna; romper esses laços equivale a cortar as raízes do menor, o que só é admissível em circunstâncias excecionais (cf. acórdão Soares de Melo, § 93).

A existência desta ponderação dos interesses em jogo é absolutamente fundamental, podendo a sua omissão acarretar *ipso facto* uma violação da Convenção processual (ponto geral).

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1c2qq20bgf/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8.

**A “barriga de aluguer”
- questões jurídicas
associadas e a
jurisprudência
do TEDH**

Ana Filipa Redondo, Filipa Valente,
e Maria João Esteves



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. A “BARRIGA DE ALUGUER”: QUESTÕES JURÍDICAS ASSOCIADAS E A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Ana Filipa Redondo*

Filipa Valente

Maria João Esteves

Consulte [Trabalhos Themis 2017 - 32.º Curso de Formação de Magistrados](#)

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/13417ckbrs/flash.html>

* Auditoras de justiça do 32º Curso de Formação do CEJ.

Título:

Parentalidade e filiação

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-28-5

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt