

Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)
Formação contínua para Magistrados

DIREITO DA FAMÍLIA E DOS MENORES

Autores

Dr. José Moreira das Neves
Dr. Norberto Martins

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ
Manual de apoio ao Curso M7

Ficha Técnica

Título: DIREITO DA FAMÍLIA E DOS MENORES

Autores: José Moreira das Neves e Norberto Martins

ISBN: 978-972-9222-95-5

Depósito Legal:

Editor: INA – Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marquêses de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: www.ina.pt

E-mail: edicoes@ina.pt

Capa: Sara Coelho

Execução Gráfica: JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

Tiragem: 1.000 exemplares

Ano de Edição: 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

Índice

PARTE 1 – CASAMENTO E FILIAÇÃO	9
SUB-ÍNDICE	11
CASAMENTO	15
I – ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL	15
1 – Considerações gerais	15
2 – Modalidades do casamento	15
3 – Pressupostos da celebração do casamento	17
4 – Impedimentos à celebração do casamento	20
4.1 – Impedimentos dirimentes absolutos	21
4.2 – Impedimentos dirimentes relativos	22
4.3 – Impedimentos impeditentes	23
5 – Celebração do casamento	24
5.1 – Generalidades	24
5.2 – Processo preliminar de publicações	24
5.3 – Celebração	25
5.4 – Registo	26
II – EFEITOS DO CASAMENTO	27
1 – Estado civil de casado	27
2 – Efeitos pessoais (deveres conjugais)	27
2.1 – Direito ao nome	30
2.2 – Direito à nacionalidade	31
3 – Efeitos patrimoniais do casamento	31
3.1 – Considerações gerais	31
3.2 – Convenções antenupciais	32
3.3 – Regimes de bens	33
3.3 – Regime da comunhão de adquiridos	33
3.3.2 – Regime da comunhão geral	34
3.3.3 – Regime da separação	34
3.4 – Titularidade dos bens	35
3.5 – Administração dos bens do casal	35
3.5.1 – Bens comuns administrados por um dos cônjuges	35

3.5.2 – Poderes do cônjuge administrador	36
3.5.3 – Ilegitimidades conjugais	36
3.6 – Responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges	37
3.6.1 – Dívidas comunicáveis	37
3.6.2 – Bens que respondem pelas dívidas de ambos os cônjuges	39
3.6.3 – Dívidas incomunicáveis	39
3.6.4 – Bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges	39
3.6.5 – Compensações	41
III – VICISSITUDES E EXTINÇÃO DO CASAMENTO	42
1 – Separação judicial de bens	42
2 – Separação de pessoas e bens	42
2.1 – Reconciliação	44
2.2 – Conversão da separação em divórcio	44
3 – Divórcio	45
3.1 – Breve resenha histórica	45
3.2 – Direito ao divórcio	46
3.3 – Divórcio por mútuo consentimento	46
3.3.1 – Pressupostos	46
3.3.2 – Procedimento	47
3.4 – Divórcio litigioso	48
3.4.1 – Divórcio fundado na violação culposa de deveres conjugais.....	49
3.4.2 – Divórcio fundado em causas objectivas.....	49
3.5 – Exclusão do direito de requerer o divórcio	50
3.6 – Caducidade	50
3.7 – Processo	51
3.7.0 – Ónus da prova	53
4 – A dispensa do casamento rato e não consumado	53
<i>ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO</i>	55
I – ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE	55
1 – Estabelecimento da maternidade por via não judicial	55
1.1 – Considerações gerais	55
1.2 – Averiguação oficiosa da maternidade	57
1.2.1 – Considerações gerais	57
1.2.2 – Procedimento	58
2 – Estabelecimento judicial da maternidade	60
II – EXTINÇÃO DA MATERNIDADE	62
1 – Meios não judiciais de extinção da maternidade registralmente fixada	62
2 – Meios judiciais de extinção da maternidade registralmente fixada	62
2.1 – Processo de justificação judicial	63

2.2 – Acção de impugnação da maternidade	63
3 – Intervenção estatal e interesse público na extinção da maternidade (a acção oficiosa de impugnação da maternidade)	64
4 – Extinção da maternidade e novas tecnologias	64
III – ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE	66
1 – Presunção de paternidade dos filhos intramatrimoniais	66
2 – Elisão da presunção de paternidade	67
3 – Estabelecimento da paternidade de filhos extramatrimoniais por via não judicial	68
4 – Estabelecimento judicial da paternidade de filhos extramatrimoniais	69
5 – Paternidade e novas tecnologias procriativas	71
IV – EXTINÇÃO DA PATERNIDADE	73
1 – Os meios judiciais de extinção da paternidade registralmente fixada	73
1.1 – Acção de impugnação da paternidade presumida	73
1.2 – A acção impugnatória da paternidade estabelecida por perfilhação (impugnação da perfilhação)	75
1.3 – Anulação da perfilhação	76
<i>EFEITOS DA FILIAÇÃO</i>	77
I – EFEITOS DA FILIAÇÃO	77
1 – Direitos e deveres de pais e filhos	77
1.1 – Dever de respeito	77
1.2 – Alimentos	77
II – PODER PATERNAL E SEU EXERCÍCIO	80
1 – Considerações gerais	80
2 – Conteúdo do poder paternal	81
3 – Conteúdo patrimonial do poder paternal	81
4 – Titularidade do poder paternal	82
5 – Exercício do poder paternal	82
5.1 – Exercício pertencente a ambos os progenitores	82
5.2 – Exercício pertencente a um só dos progenitores	83
6 – Regulação judicial do exercício do poder paternal	83
6.0 – Procedimento	84
7 – Incumprimento da regulação do poder paternal	85

8 – Alteração do regime	85
8.0 – Procedimento	86
9 – Falta de acordo dos pais em questões de particular importância	86
10 – A mediação familiar	86
10.0 – Procedimento	88
III – LIMITAÇÕES E EXTINÇÃO DO PODER PATERNAL	89
1 – Cessação do poder paternal	89
2 – Medidas limitativas do exercício do poder paternal	89
3 – Inibição do poder paternal	90
3.0 – Procedimento	91
IV – MEIOS DE SUPRIMENTO DO PODER PATERNAL	92
1 – Meios de suprimentos quanto à pessoa do filho	92
1.1 – Tutela	92
1.1.0 – Procedimento para instituição da tutela	94
1.2 – Confiança à assistência pública	94
2 – Meios de suprimento quanto ao património do filho	95
2.0 – Administração de bens	95
3 – O papel do Ministério Público	95
BIBLIOGRAFIA	97
 PARTE 2 – DIREITOS DA CRIANÇA	 99
SUB-ÍNDICE	101
I – PROTECÇÃO LEGAL À CRIANÇA E ADOLESCENTE	103
1 – Enquadramento geral	103
2 – A Protecção da Criança e do Adolescente em Portugal	107
3 – Os direitos das Crianças nos países africanos de expressão oficial portuguesa – Breves Notas	110
II – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	116
1 – Os “não – direitos” das crianças e jovens até ao século XX. A sua coisificação enquanto pertença dos progenitores	116
2 – O caminho percorrido pela Comunidade Internacional desde a Declaração de Genebra até à Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em 1989	116
3 – Análise da Convenção enquanto texto densificador dos Direitos das Crianças. Alguns dos direitos mais relevantes	118

4 – A repercussão que a Convenção teve no direito interno português, designadamente no novo direito de Menores decorrente da entrada em vigor das Leis de Protecção e Tutelar Educativa	119
4.1 – O Superior Interesse da Criança	119
4.2 – Direito à Livre Expressão	121
5 – Os direitos que a Convenção não consagra	122
6 – Conclusão	122

Parte 1

CASAMENTO E FILIAÇÃO

Dr. José Moreira das Neves

Sub-índice

CASAMENTO	15
I – ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL	15
1 – Considerações gerais	15
2 – Modalidades do casamento	15
3 – Pressupostos da celebração do casamento	17
4 – Impedimentos à celebração do casamento	20
4.1 – Impedimentos dirimentes absolutos	21
4.2 – Impedimentos dirimentes relativos	22
4.3 – Impedimentos impeditivos	23
5 – Celebração do casamento	24
5.1 – Generalidades	24
5.2 – Processo preliminar de publicações	24
5.3 – Celebração	25
5.4 – Registo	26
II – EFEITOS DO CASAMENTO	27
1 – Estado civil de casado	27
2 – Efeitos pessoais (deveres conjugais)	27
2.1 – Direito ao nome.	30
2.2 – Direito à nacionalidade.	31
3 – Efeitos patrimoniais do casamento	31
3.1 – Considerações gerais	31
3.2 – Convenções antenupciais	32
3.3 – Regimes de bens	33
3.3 – Regime da comunhão de adquiridos	33
3.3.2 – Regime da comunhão geral	34
3.3.3 – Regime da separação	34
3.4 – Titularidade dos bens	35
3.5 – Administração dos bens do casal	35
3.5.1 – Bens comuns administrados por um dos cônjuges	35
3.5.2 – Poderes do cônjuge administrador	36
3.5.3 – Ilegitimidades conjugais	36
3.6 – Responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges	37
3.6.1 – Dívidas comunicáveis	37
3.6.2 – Bens que respondem pelas dívidas de ambos os cônjuges	39

3.6.3 – Dívidas comunicáveis	39
3.6.4 – Bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges	39
3.6.5 – Compensações	41
III – VICISSITUDES E EXTINÇÃO DO CASAMENTO	42
1 – Separação judicial de bens	42
2 – Separação de pessoas e bens	42
2.1 – Reconciliação	44
2.2 – Conversão da separação em divórcio	44
3 – Divórcio	45
3.1 – Breve resenha histórica	45
3.2 – Direito ao divórcio	46
3.3 – Divórcio por mútuo consentimento	46
3.3.1 – Pressupostos	46
3.3.2 – Procedimento	47
3.4 – Divórcio litigioso	48
3.4.1 – Divórcio fundado na violação culposa de deveres conjugais.....	49
3.4.2 – Divórcio fundado em causas objectivas.....	49
3.5 – Exclusão do direito de requerer o divórcio	50
3.6 – Caducidade	50
3.7 – Processo	51
3.7.0 – Ônus da prova	53
4 – A dispensa do casamento rato e não consumado	53
 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO	 55
I – ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE	55
1 – Estabelecimento da maternidade por via não judicial	55
1.1 – Considerações gerais	55
1.2 – Averiguação oficiosa da maternidade	57
1.2.1 – Considerações gerais	57
1.2.2 – Procedimento	58
2 – Estabelecimento judicial da maternidade	60
II – EXTINÇÃO DA MATERNIDADE	62
1 – Meios não judiciais de extinção da maternidade registralmente fixada	62
2 – Meios judiciais de extinção da maternidade registralmente fixada	62
2.1 – Processo de justificação judicial	63
2.2 – Acção de impugnação da maternidade	63
3 – Intervenção estatal e interesse público na extinção da maternidade (a acção oficiosa de impugnação da maternidade)	64
4 – Extinção da maternidade e novas tecnologias	64

III – ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE	66
1 – Presunção de paternidade dos filhos intramatrimoniais	66
2 – Elisão da presunção de paternidade	67
3 – Estabelecimento da paternidade de filhos extramatrimoniais por via não judicial	68
4 – Estabelecimento judicial da paternidade de filhos extramatrimoniais	69
5 – Paternidade e novas tecnologias procriativas	71
IV – EXTINÇÃO DA PATERNIDADE	73
1 – Os meios judiciais de extinção da paternidade registralmente fixada	73
1.1 – Acção de impugnação da paternidade presumida	73
1.2 – A acção impugnatória da paternidade estabelecida por perfilhação (impugnação da perfilhação)	75
1.3 – Anulação da perfilhação	76
<i>EFEITOS DA FILIAÇÃO</i>	77
I – EFEITOS DA FILIAÇÃO	77
1 – Direitos e deveres de pais e filhos	77
1.1 – Dever de respeito	77
1.2 – Alimentos	77
II – PODER PATERNAL E SEU EXERCÍCIO	80
1 – Considerações gerais	80
2 – Conteúdo do poder paternal	81
3 – Conteúdo patrimonial do poder paternal	81
4 – Titularidade do poder paternal	82
5 – Exercício do poder paternal	82
5.1 – Exercício pertencente a ambos os progenitores	82
5.2 – Exercício pertencente a um só dos progenitores	83
6 – Regulação judicial do exercício do poder paternal	83
6.0 – Procedimento	84
7 – Incumprimento da regulação do poder paternal	85
8 – Alteração do regime	85
8.0 – Procedimento	86
9 – Falta de acordo dos pais em questões de particular importância	86
10 – A mediação familiar	86
10.0 – Procedimento	88

III – LIMITAÇÕES E EXTINÇÃO DO PODER PATERNAL	89
1 – Cessação do poder paternal	89
2 – Medidas limitativas do exercício do poder paternal	89
3 – Inibição do poder paternal	90
3.0 – Procedimento	91
IV – MEIOS DE SUPRIMENTO DO PODER PATERNAL	92
1 – Meios de suprimentos quanto à pessoa do filho	92
1.1 – Tutela	92
1.1.1 – Procedimento para instituição da tutela	94
1.2 – Confiança à assistência pública	94
2 – Meios de suprimento quanto ao património do filho	95
2.0 – Administração de bens	95
3 – O papel do Ministério Público	95
BIBLIOGRAFIA	97

CASAMENTO

I – ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

A lei contém um noção de casamento no artigo 1577º do Código Civil, onde se dispõe que:

«Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.»¹

O casamento é, portanto um contrato. Um negócio jurídico bilateral, uma vez que pressupõe o acordo entre duas partes.

Só há casamento se as duas partes forem de sexo diferente, considerando a lei inexistente o acto celebrado entre pessoas do mesmo sexo (cfr. artigo 1628º, al. c) do Código Civil.

E é necessário que por esse acordo as partes pretendam constituir família, mediante uma plena comunhão de vida (*consortium omnis vitae*). Esta comunhão de vida, tem que ver com os deveres conjugais, que a lei também enumera (artigo 1672º C. Civil). Assim, pretendem os cônjuges reciprocamente vincular-se pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

A terminologia específica da lei nesta matéria refere o *casamento* como o acto de casar; sendo os contraentes designados de *nubentes*. Estes, antes de casados são os *esposados*. E depois os *cônjuges*.

2 – MODALIDADES DE CASAMENTO

Na lei portuguesa encontramos duas modalidades de casamento: o casamento é católico ou civil, dispõe o artigo 1587º do C. Civil.

A lei civil reconhece valor e eficácia de casamento ao matrimónio católico.

¹ Trata-se da redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 Novembro, que procedeu à revisão do direito da família, na sequência da Constituição democrática saída do 25 de Abril de 1974. Na redacção originária este preceito tinha a seguinte redacção: «Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida.»

Isto acontece porque em Portugal tradicionalmente o casamento foi matéria do foro espiritual. Na verdade a igreja católica considera o casamento um sacramento. Por essa razão entende que aquele acto deve estar sujeito à legislação e à jurisdição eclesiástica, excepto no referente aos efeitos meramente civis (isto é, aos efeitos patrimoniais), este da competência dos Estados.

Desde o séc. X e até à Reforma (já que Lutero negou a natureza sacramental do matrimónio, considerando-a questão terrena), os Estados conformaram-se com esta pretensão da Igreja, passando as coisas a modificar-se a partir de então. O casamento passou a ser matéria civil nos Países Baixos em 1580; também em Inglaterra, em 1653; e na França só com a Revolução, na Constituição de 1791.

O casamento civil foi-se impondo à medida que os princípios da inconfessionalidade do Estado e da liberdade religiosa foram sendo consagrados como princípios fundamentais.

Na verdade o casamento católico foi durante séculos a regra, sendo traço distintivo a admissibilidade do casamento civil.

São quatro os sistemas matrimoniais: o do casamento religioso obrigatório², em que se não admite o casamento civil; o casamento civil obrigatório³, em que o Estado não admite nenhuma outra forma; o do casamento civil facultativo⁴, em que os nubentes podem escolher entre o casamento católico (ou de outra religião) e o civil; e o do casamento civil subsidiário⁵, em que o casamento regra é o católico, admitindo o Estado o casamento civil para os não católicos.

Em Portugal os não católicos só podem celebrar o casamento civil, daí que rigorosamente o sistema do casamento civil facultativo o seja apenas para os católicos. Há já uma lei, de 2001⁶, que atribui efeitos civis aos casamentos celebrados perante qualquer confissão religiosa inscrita em registo governamental, a qual no entanto até hoje ainda não foi regulamentada (ao Governo foi fixado o prazo de 60 dias para o fazer!).

O casamento católico é regulado pela lei canónica, na qual conta uma noção que corresponde no fundamental à do casamento civil.

² Foi o regime que vigorou na Grécia até 1982.

³ É o sistema vigente numa grande parte dos países europeus, por exemplo na França, na Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, Rússia, etc.

⁴ É o que vigora em Portugal, Itália, Espanha, Inglaterra, Brasil, Estados Unidos da América, etc.

⁵ Era o sistema vigente em Espanha até à Lei nº 30/1981, de 7 Julho.

⁶ Lei da Liberdade Religiosa, Lei nº 16/2001, de 22 de Junho.

Dispõe o cân. 1055º §1º que o casamento é a «comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole».

O facto de o Estado atribuir efeitos jurídicos ao casamento católico não significa que abdique de toda a regulação daquele acto. Pelo contrário, só reconhece o casamento católico que observar determinadas exigências legais.

Assim:

- só podem casar-se entre si catolicamente pessoas que o podiam fazer à luz da lei civil (artigo 1596º);
- tem de haver um processo preliminar que termina com um certificado emitido pelo conservador do registo civil a declarar que os nubentes podem casar (artigo 134º e 146º Cód. Reg. Civil);
- o casamento é registado nos arquivos paroquiais, mas só produz efeitos civis depois de transcrito no registo civil (artigo 1655º), embora os produza retroactivamente.

Quanto aos seus efeitos dispõe o artigo 1588º do Código Civil, que:

«O casamento católico rege-se, quantos aos efeitos civis, pelas normas comuns deste código, salvo disposição em contrário.»

As causas de nulidade do casamento católico são conhecidas no foro eclesiástico, mas é o direito civil que regula os efeitos da nulidade (artigo 1647º, nº 3 do C. Civil) e a eventual aplicação das regras do casamento putativo (artigos 1647º e 1648º do C. Civil)

Em matéria de dissolução do casamento católico aplicam-se as duas ordens jurídicas. A morte⁷ e o divórcio são regulados na lei civil. Mas a lei aceita a dissolução pelos tribunais eclesiásticos do casamento católico não consumado (artigo 1625º do C. Civil).

O casamento civil encontra-se evidentemente regulamentado na lei do Estado.

3 – PRESSUPOSTOS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Sendo o casamento um negócio jurídico a questão da genuína manifestação da vontade ou consentimento é incontornável.

No contexto do contrato de casamento o consentimento deve ser pessoal, puro e simples, perfeito e livre.

⁷ E a morte presumida (artigo 116º C. Civil).

- a) Dispõe o artigo 1619º do C. Civil que a vontade de contrair casamento é estritamente pessoal em relação a cada um dos nubentes. Mas a lei admite também, embora a título excepcional, o casamento por procuração, o que refere logo no artigo seguinte.

A natureza excepcional do casamento por procuração advém não apenas da circunstância de apenas ser permitida essa faculdade a um dos nubentes, como a de sujeitar a procuração a exigentes formalidades (a procuração haverá de ser outorgada por instrumento público, ou com reconhecimento presencial da letra e da assinatura e conferir poderes especiais para o acto - artigos 1620º C. Civil e 44º Cód. Reg. Civil).

A doutrina discute, entre outras matérias marginais a propósito do casamento por procuração, se o procurador *ad nuptias* é um representante da vontade ou um representante na declaração, isto é, um verdadeiro representante ou um simples núncio. Isso pode ser importante por exemplo para saber se o procurador pode recusar-se legitimamente a celebrar o casamento se entretanto tiver conhecimento de uma circunstância que se lhe afigura que perante ela o seu constituinte não quereria casar.

- b) O consentimento para o casamento não pode estar sujeito a qualquer condição⁸ ou termo⁹. Daí que o artigo 1618º do C. Civil refira expressamente, que:

- «1. A vontade de contrair casamento importa aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio, sem prejuízo das legítimas estipulações dos esposos em convenção antenupcial.
2. Consideram-se não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro acto, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto.»

À razão de ser desta natureza de negócio incondicionável e inaprazável não é alheia a circunstância de o casamento afectar (alterar) o estado civil das pessoas e isso ter uma relevância não só entre elas, mas também entre elas e terceiros.

- c) O consentimento há-de ser perfeito, isto é, haver total sintonia entre a vontade e a declaração. A lei presume que a declaração de vontade, no acto da celebração, significa que os nubentes quiseram efectivamente contrair casamento (artigo 1634º C. Civil).

⁸ Artigo 270º do C. Civil.

⁹ Artigo 278º C. Civil.

As situações respeitantes a divergência entre a vontade e a declaração vêm previstas no artigo 1635º, estabelecendo-se para tais casos a sanção da anulabilidade. É assim anulável o casamento:

- «a) Quando o nubente, no momento da celebração, não tinha a consciência do acto que praticava, por incapacidade accidental ou outra causa;
- b) Quando o nubente estava em erro acerca da identidade física do outro contraente;
- c) Quando a declaração da vontade tenha sido extorquida por coacção física;
- d) Quando tenha sido simulado.»

d) O consentimento deve também ser livre, o que a lei igualmente presume (artigo 1634º). Para que o consentimento seja livre é necessário que a vontade dos nubentes seja uma vontade *esclarecida* e ausente de quaisquer pressões.

Ora, o erro que vicia a vontade afecta a liberdade, na medida em que por ele a vontade se não mostra esclarecida. Relativamente ao erro preceitua o artigo 1636º que:

«O erro que vicia a vontade só é relevante para efeitos de anulação quando recaia sobre qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge, seja desculpável e se mostre que sem ele, razoavelmente, o casamento não teria sido celebrado.»

E o casamento celebrado sob coacção também pode ser anulado (artigo 1638º C. Civil). A coacção é o vício da vontade que se reconduz ao medo ou receio, incutido por outrem, que um mal se abata sobre a pessoa, a sua honra, o seu património ou de terceiro¹⁰.

Quando o consentimento haja sido viciado por erro ou por coacção o casamento poderá ser anulável, conforme se prevê na al. b) do artigo 1631º do C. Civil.

A acção de anulação fundada em vícios da vontade deve ser intentada pelo cônjuge vítima (e possam nela prosseguir os seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes, se o autor falecer na pendência da causa) e caduca, se não for intentada dentro de seis meses subsequentes à cessação do vício (artigos 1641º e 1645º).

A anulabilidade é sanável, nos termos gerais, pela confirmação (artigo 288º).

¹⁰ Artigo 255º C, Civil.

4 – IMPEDIMENTOS À CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

A matéria dos impedimentos matrimoniais respeita à *capacidade* dos nubentes para o acto.

A natureza singular do casamento determina que as incapacidades relativas à celebração deste negócio jurídico sejam distintas. Daí que se prevejam incapacidades que vão muito além do que acontece nos negócios jurídicos em geral e que se prevejam outras que, ao contrário do que acontece naqueles, não cominem a invalidade.

Sendo a anulabilidade um *mal*, a lei actua procura actuar preventivamente, para obviar a que esse mal se verifique. Daí o regime dos impedimentos e a exigência de um processo preliminar que giza, justamente, averiguar em momento prévio a capacidade matrimonial dos contraentes (circunstância que é totalmente desconhecida na teoria geral do negócio jurídico)

Os impedimentos matrimoniais são as circunstâncias que impedem a celebração do casamento.

A lei enuncia na noção de casamento, que se podem casar duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida (artigo 1577º).

Mas depois regula especificamente as circunstâncias impeditivas da celebração de casamento. Trata-se sempre de circunstâncias relativas a um dos nubentes ou aos dois (artigos 1601º e sgts. C. Civil).

A lei classifica os impedimentos matrimoniais em **dirimentes** e **impedientes**. Os primeiros têm uma eficácia impeditiva ou preventiva e determinam a invalidade do casamento; e os segundos uma eficácia sancionatória, que não sendo invalidantes são causa de sanções para as partes e para o celebrante.

Preceitua o artigo 1601º do C. Civil, que:

«São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra:

- a) A idade inferior a dezasseis anos;
- b) A demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica;

- c) O casamento anterior não dissolvido, católico ou civil, ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil.»

Dispondo o artigo 1602º, quanto aos impedimentos dirimentes relativos, que:

«São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes:

- a) O parentesco na linha recta;
- b) O parentesco no segundo grau da linha colateral;
- c) A afinidade na linha recta;
- d) A condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro.»

A distinção entre estes impedimentos (absolutos e relativos) tem que ver com o facto de os primeiros respeitarem a uma incapacidade absoluta de casar (com qualquer pessoa); e os segundos respeitarem a uma incapacidade para casar com certas pessoas.

O casamento celebrado em presença de algum impedimento dirimente é anulável (artigos 1639º e 1643º).

4.1 – Impedimentos dirimentes absolutos

- a) *Falta de idade núbil*

A lei estabeleceu a idade de 16 anos¹¹, tanto para homens como para mulheres, como sendo a idade nupcial.

Esta idade tem variado no tempo e varia também de acordo com a Geografia. Assim, em Portugal, antes da reforma de 1977 a idade núbil era de 16 anos para os homens e de 14 para as mulheres. Na França é de 18 anos para os homens e de 15 para as mulheres. No Brasil é de 18 para os homens e de 16 para as mulheres. Na Alemanha é de 21 para os homens e de 16 para as mulheres. Na Itália é de 18 anos para ambos os sexos.

O casamento de menor é como vimos anulável, mas esta anulabilidade é sanável por confirmação do menor depois de atingir a maioridade, nos termos previstos no artigo 1633º, nº 1, al. a).

¹¹ Na reforma operada pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 Novembro.

b) *Demência notória e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica*

O casamento celebrado nestas circunstâncias é também anulável (artigo 1631º, al. a), mas a anulabilidade é igualmente sanável nos termos do artigo 1633º, nº 1, isto é, se antes de transitar a sentença de anulação, o casamento do interdito ou inabilitado por anomalia psíquica for confirmado por ele, depois de lhe ser levantada a interdição ou inabilitação ou, tratando-se de demência notória, depois de o demente fazer verificar judicialmente o seu estado de sanidade mental.

c) *Casamento anterior não dissolvido*

No que respeita ao casamento a lei impõe a monogamia. Daí que enquanto uma pessoa estiver vinculada pelo casamento a outra pessoa, não pode contrair validamente novo casamento. Se o fizer este é anulável (artigo 1631º, al. a) e o seu autor comete o crime de bigamia (artigo 247º do Código Penal).

O casamento celebrado nestas circunstâncias é anulável (artigo 1631º, al. a), mas a anulabilidade é sanável nos termos do artigo 1633º, nº 1, al. c), isto é, se antes de transitar a sentença de anulação for declarado nulo ou anulado o primeiro casamento do bígamo.

Neste particular releva o regime relativo à *morte presumida*.

É necessário ter presente que a declaração de morte presumida não dissolve o casamento (artigo 115º). Porém confere ao cônjuge, após 2 anos, o direito de requerer o divórcio (1781º, al. d). Não obstante, aquela declaração torna o casamento *dissolúvel*. Isto é, o cônjuge pode contrair novo casamento, facto este que faz dissolver o primeiro. Não mais regressando o ausente o primeiro casamento considera-se dissolvido por morte; mas se ele regressar ou houver notícia de que era vivo à data da celebração do segundo casamento, considerar-se-á que o primeiro se dissolveu por divórcio à data da declaração de morte presumida (artigo 116º).

4.2 – Impedimentos dirimentes relativos

Importa fazer notar que os impedimentos dirimentes relativos, à semelhança do que acontece com os dirimentes absolutos, dão lugar à anulabilidade do casamento, mas (ao contrário daqueles) são insanáveis.

a) *Parentesco na linha recta; no segundo grau da linha colateral e afinidade na linha recta*

Parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum (artigo 1578º).

O parentesco determina-se pelas gerações que vinculam os parentes um ao outro: cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco (artigo 1579º).

A linha diz-se recta, quando um dos parentes descende do outro; diz-se colateral, quando nenhum dos parentes descende do outro, mas ambos procedem de um progenitor comum. A linha recta é descendente ou ascendente: descendente, quando se considera como partindo do ascendente para o que dele procede; ascendente, quando se considera como partindo deste para o progenitor (artigo 1580º).

Na linha recta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluindo o progenitor. Na linha colateral os graus contam-se pela mesma forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, mas sem contar o progenitor comum (artigo 1581º).

Salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco produzem-se em qualquer grau da linha recta e até ao sexto grau na colateral (artigo 1582º).

O vínculo de adopção, por força do disposto no artigo 1986º, constitui uma relação filial, passando para todos os efeitos a integrar, em total igualdade com os demais descendentes dos adoptantes, a família destes.

Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro (artigo 1584º).

A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento (artigo 1585º).

b) *Condenação por homicídio*

Trata-se de uma sanção que a lei impõe ao autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, por suspeita de ter sido cometido para permitir o casamento com o cônjuge da vítima.

4.3 – Impedimentos impedientes

Os impedimentos impedientes vêm enumerados no artigo 1604º:

«São impedimentos impedientes, além de outros designados em leis especiais¹²:

- a) A falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor¹³, quando não suprida pelo conservador do registo civil¹⁴;

¹² O sublinhado é meu.

¹³ Menor de 18 anos e maior de 16. É só nestes casos que a lei permite o casamento de menores. Cfr. artigo 149º do Cód. Reg. Civil, quanto à autorização.

¹⁴ Processo de suprimento previsto nos artigos 255º e sgts. Do Cód. Reg. Civil.

- b) O prazo internupcial¹⁵;
- c) O parentesco no terceiro grau da linha colateral¹⁶;
- d) O vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens¹⁷;
- e) O vínculo de adopção restrita¹⁸;
- f) A pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado¹⁹.»

Trata-se de circunstâncias que impedem a realização do casamento, mas que o não tornam anulável se ele por alguma razão se vier a realizar.

5 – CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

5.1 – Generalidades

O casamento é um negócio jurídico formal ou solene. Dadas as especificidades dos interesses em presença a lei sujeita-o a um processo preliminar de publicações, a formalidades durante a celebração e a registo.

No que a estas matérias respeita os casamentos civis urgentes (artigos 1622º, 1590º, 1654º), os casamentos católicos urgentes (artigos 1590º, 1599º, 1656º), os casamentos celebrados em Portugal fora da ordem jurídica portuguesa (artigo 165º Cód. Reg. Civil) e os casamentos celebrados no estrangeiro perante agente diplomático ou consular português (artigos 1654º, 1664º) têm especificidades, referidas nos preceitos citados.

5.2 – Processo preliminar de publicações

O processo preliminar de publicações tem por finalidade apreciar da verificação dos pressupostos legais do casamento, nomeadamente dos impedimentos. Trata-se de processo que corre perante o conservador do registo civil, em momento prévio ao casamento.

¹⁵ Cfr. artigo 1605º e 1826º C. Civil.

¹⁶ Trata-se de impedimento dispensável pelo conservador do registo civil, nos termos previstos no artigo 1609º, nº 1, al. a) C. Civil.

¹⁷ Cfr. artigos 1608º e 1921º e sgts. C. Civil.

¹⁸ Cfr. artigos 1607º e 1992º e sgts. C. Civil.

¹⁹ A terminologia empregue («a pronúncia») está desadequada à actualidade do processo penal português. Haverá de se considerar que se refere ao despacho judicial que torna a acusação peça válida para delimitar o objecto do processo na fase de julgamento (artigo 312º CPP).

Neste processo os esposados apresentam uma declaração escrita com a pretensão de casamento, instruída com os documentos de identificação e outros previstos na lei (artigos 135º a 137º Cód. Reg. Civil)²⁰.

Segue-se a fase de instrução, com a afixação de ditais, em que o conservador, mediante a declaração de qualquer pessoa ou decorrente dos meios probatórios que aquele entender carrear para o processo, averigua da existência de algum impedimento (artigos 140º e sgts. Cód. Reg. Civil).

Nada obstante é proferido despacho final a autorizar a celebração do casamento ou a mandar arquivar o processo (artigo 144º Cód. Reg. Civil). No caso de se tratar de casamento católico o conservador emite um certificado para casamento.

Se durante o processo surgir uma declaração de impedimento, suspende-se aquele, enxertando-se um processo especial «de impedimento do casamento», que segue os termos previstos nos artigos 245º e sgts. do Cód. Reg. Civil. Os nubentes são citados para se oporem, sob cominação de confessarem. Se nada opuserem o conservador julga procedente o impedimento e manda arquivar o processo de casamento. Se se opuserem o conservador remete o processo ao tribunal judicial de primeira instância (cível), que decidirá.

5.3 – Celebração

Nada obstante, no prazo de 90 dias após a decisão do conservador²¹, realizar-se-á o casamento, perante o conservador ou perante o ministro de culto (artigo 115º e 121º Cód. Reg. Civil).

Os nubentes podem escolher o dia, mas a hora é acertada entre eles e o conservador (ou o ministro do culto). No acto da celebração, em cerimonia pública, haverão de estar presentes ambos os nubentes (ou um deles e o procurador do outro), o conservador e duas testemunhas.

As formalidades são depois as seguintes:

O conservador anuncia que naquele lugar vai ter lugar a celebração do casamento, indicando os elementos relativos à identificação dos nubentes e lendo o despacho final ou os elementos relativos à identificação e à autorização para o casamento (se o certificado foi emitido por outra conservatória), consoante o caso;

²⁰ No casamento católico os esposados têm de apresentar essa declaração ao pároco.

²¹ Se for ultrapassado esse prazo o processo pode ser revalidado dentro de um ano a contar do despacho, mediante a junção dos documentos que tenham excedido o prazo de validade e nova afixação de editais (145º, nº 2).

Se os nubentes forem menores e ainda não tiver sido dado o consentimento dos pais ou tutor, nem suprida essa autorização, o celebrante pergunta às pessoas que o devem prestar se o concedem, suspendendo a realização do casamento se não for concedido;

Em seguida, o conservador interpela as pessoas presentes para declararem se conhecem algum impedimento que obste à realização do casamento;

Não sendo declarados impedimentos, pergunta a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte;

Cada um dos nubentes deve expressar clara e livremente a sua vontade de casar com o outro, mediante uma fórmula: «É de minha livre vontade casar com F.).

Prestado o mútuo consenso, o conservador diz, em voz alta, de modo a ser ouvido por todos os presentes: «em nome da lei e da República Portuguesa, declaro F. e F. unidos pelo casamento» (artigo 155º Cód. Reg. Civil).

5.4 – Registo

À celebração segue-se o registo.

O registo consiste em exarar nos livros próprios o facto do casamento, com menção dos seus elementos essenciais.

Este é obrigatório para os casamentos:

- a) celebrados em Portugal por qualquer das formas previstas na lei portuguesa;
- b) de português ou portugueses celebrados no estrangeiro;
- c) dos estrangeiros que, depois de o celebrarem, adquiram a nacionalidade portuguesa português (cfr. artigo 1651º, nº 1 Código Civil).

É facultativo, a requerimento de quem mostre legítimo interesse no assento, quaisquer outros casamentos que não contrariem os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português (cfr. artigo 1651º, nº 2 Código Civil).

Salvo disposição legal em contrário, os factos cujo registo é obrigatório só podem ser invocados depois de registados (artigo 2º Cód. Reg. Civil).

A prova resultante do registo civil quanto aos factos a ele obrigatoriamente sujeitos e ao estado civil correspondente não pode ser ilidida por qualquer outra, salvo nas acções de estado ou de registo (artigo 3º, nº 1 do Cód. Reg. Civil).

O registo civil dos factos a ele sujeitos, como é o caso do casamento, são lavrados por meio de assento ou de averbamento, podendo aqueles ser feitos por inscrição ou por transcrição.

II – EFEITOS DO CASAMENTO

1 – ESTADO CIVIL DE CASADO

Pelo casamento os cônjuges adquirem o estado civil de casados.

O estado de casado e seus efeitos são comuns ao casamento católico e ao casamento civil, conforme é imposição do artigo 36º, nº 2 da Constituição e resulta do artigo 1588º do C. Civil.

O casamento gera o vínculo matrimonial entre os cônjuges e constitui a sociedade familiar ou conjugal, enquanto unidade nova – família.

A sociedade conjugal é igualitária. A direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro (artigo 1671º C. Civil, em decorrência dos artigos 13º e 36º 3 da Constituição).

2 – EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO (OS DEVERES CONJUGAIS)

Os efeitos pessoais do casamento são aqueles que decorrem dos deveres conjugais, a que acresce o direito ao nome e à nacionalidade.

Preceitua o artigo 1672º, que:

«Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.»

A violação culposa de qualquer destes deveres constitui fundamento de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens. Apesar de a lei exigir como requisito adicional que essa violação, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum (artigo 1779º, nº 1).

a) *Dever de respeito*

Os cônjuges estão mutuamente vinculados ao dever de respeito. Este dever conjugal tem relevância autónoma, uma vez que a violação dos demais deveres constituirá sempre também uma violação do dever de respeito. Tem por isso uma dimensão mais vasta.

Na sua dimensão negativa (*non facere*) o dever de respeito impõe que aos cônjuges o dever de não ofender a integridade física ou moral do outro, bem assim como o dever de se conduzir na vida de modo digno e honrado; e na sua dimensão positiva (*facere*) o dever de assumir comportamentos construtivos da comunhão de vida.

b) *Dever de fidelidade*

Estão os cônjuges vinculados ao dever de não cometer adultério (*non facere*), nem ainda de ter comportamentos com terceiro que possam de algum modo constituir uma ligação sentimental de carácter amoroso.

c) *Dever de coabitação*

O dever de coabitação, a que especificamente se refere o artigo 1673º, tem uma dimensão mais lata do que a simples habitação conjunta. Coabitar no sentido deste dever conjugal significa viver em comunhão de leito, mesa e habitação.

No que respeita à comunhão de leito, tem-se entendido que o casamento obriga reciprocamente os cônjuges ao chamado «débito conjugal», isto é à manutenção de relação sexuais.

A comunhão de mesa reporta-se à vida em economia comum.

E a comunhão de habitação implica a existência de uma residência da família, escolhida por ambos. O artigo 1673º do C. Civil, concretiza este dever conjugal:

- «1. Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.
2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família.
3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges.»

O processo relativo à fixação ou alteração da residência da família, na falta de acordo dos cônjuges, está regulado no artigo 1415º do CPC, no âmbito dos processos de jurisdição voluntária, isto é, nos processos especiais de tramitação simples, em que o tribunal tem amplos poderes de regulação da tramitação e instrução processual e em que nas providências a tomar o juiz não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo/devendo adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (cfr. artigos 1409º e 1410º do CPC).

d) *Dever de cooperação*

O dever de cooperação vem definido no artigo 1674º do C. Civil:

«O dever de cooperação importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.»

e) *Dever de assistência*

Definido e regulado no artigo 1675º do C. Civil, o dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.

e-1) No que respeita àquela primeira obrigação verifica-se que ela só existe quando os cônjuges estão separados, de direito ou apenas de facto. Pois que se assim não for a obrigação que impende sobre os cônjuges é apenas a de «contribuir para os encargos da vida familiar».

Assim, em caso de separação de facto, se a separação não for imputável a qualquer dos cônjuges, mantém-se a obrigação recíproca de prestar alimentos (cfr. artigo 1675º, nº 2).

Se a separação for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal (artigo 1675º, nº 3).

No que respeita à medida dos alimentos rege a regra geral do artigo 2004º, segundo a qual, os alimentos deverão ser proporcionados *aos meios* daquele que houver de prestá-los e *à necessidade* daquele que houver de recebê-los.

Como dependência da acção em que, principal ou acessoriamente, se peça a prestação de alimentos, pode o interessado requerer a fixação da quantia mensal que deva receber, a título de alimentos provisórios, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva (artigo 399º CPC).

e-2) O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos (artigo 1676º).

No caso de um dos cônjuges contribuir para os referidos encargos com menos do que é devido, tem o outro a possibilidade de exigir que lhe seja directamente entregue a importância devida (cfr. processo jurisd. voluntária – artigo 1416º CPC)

2.1 – Direito ao nome

O casamento não faz perder a qualquer dos cônjuges os seus apelidos; nem dele decorre a obrigação de qualquer dos cônjuges acrescentar apelidos do outro cônjuge aos seus.

Estatui o nº 1 do artigo 1677º, que:

«Cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois.»

A limitação que a lei impõe é a de não se poderem acrescentar apelidos do outro cônjuge, enquanto se mantiverem apelidos do cônjuge de anterior casamento (artigo 1677º, nº 2).

Por regra é por ocasião do casamento que os cônjuges que querem acrescentar²²apelidos, usam dessa faculdade. Todavia a lei permite que isso possa ser feito mais tarde, bastando para tanto que se requeira na conservatória competente do registo civil, nos termos previstos no artigo 69º, nº 1, al. j) Cód. Reg. Civil.

Em caso de viuvez, o cônjuge que tenha acrescentado apelidos do outro cônjuge, mantém-nos, podendo inclusivamente mantê-los mesmo depois das segundas núpcias (artigos 1677º, nº 2 e 1677-A).

No caso de separação judicial de pessoas e bens, cada um dos cônjuges conserva os apelidos do outro que tenha adoptado; no caso de divórcio, pode conservá-los se o ex-cônjuge der o seu consentimento ou o tribunal o autorizar, tendo em atenção os motivos invocados (artigo 1677º-B).

O pedido de autorização judicial do uso dos apelidos do ex-cônjuge pode ser deduzido no processo de divórcio ou em processo próprio, mesmo depois de o divórcio ter sido decretado (artigo 1677º-B, nº 3).

²² Não é pacífica na doutrina a possibilidade de intercalar os apelidos (em vez de simplesmente os acrescentar. Quer-me parecer que a lei não proíbe, pois acrescentar não significa acrescentar no fim. Para além disso parece legítimo que um dos cônjuges queira ter um ou dois dos apelidos do outro, sem que o seu nome completo termine de modo diferente ao que acontecia até ao casamento. A prática de acrescento no fim para se obter um nome comum de família, não é mais do que isso mesmo, uma mera prática social, não uma imposição jurídica.

Falecido um dos cônjuges ou decretada a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família. Nesse caso têm legitimidade para o pedido de privação do uso do nome, no caso de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, o outro cônjuge ou ex-cônjuge, e, no caso de viuvez, os descendentes, ascendentes e irmãos do cônjuge falecido (artigo 1677º-C).

2.2 – Direito à nacionalidade

De acordo com a lei da nacionalidade²³, o estrangeiro casado com um português há mais de três anos, pode adquirir a nacionalidade portuguesa. Para tanto tem de fazer *declaração* nesse sentido.

Por outro lado, um português que se case com um estrangeiro, não perde por mero efeito do casamento a nacionalidade portuguesa. No entanto, se pelo casamento adquiriu nova nacionalidade, pode declarar que não quer ser português.

Tanto a atribuição como a perda da nacionalidade são factos que devem ser registados e averbados nos respectivos assentos de nascimentos (artigos 12º, 16º e 18º da Lei da Nacionalidade).

3 – EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO

3.1 – Considerações Gerais

Do casamento resultam também efeitos patrimoniais, para os cônjuges entre si e perante terceiros.

Por isso mesmo a lei permite aos esposados que escolham eles próprios, dentro de determinados limites, o regime patrimonial que irá vigorar depois do casamento. Não obstante, uma grande parte das relações patrimoniais ser fixada imperativamente pela lei, o Código Civil estabelece que os esposados podem celebrar um acordo pré-nupcial, que a lei crisma de «convenção antenupcial» (artigo 1698º), pelo qual fixam o regime de bens do casamento.

Esta liberdade de fixação está no entanto sujeita a restrições, não podendo ser objecto de convenção antenupcial:

²³ Lei nº 37/81, de 3 de Outubro.

- a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes;
- b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais;
- c) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal;
- d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733º.

E se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no nº 1 do artigo 1722º. (artigo 1699º)

E estão também fixadas excepções àquela regra de liberdade, obrigando a lei em determinados casos a adoptar um determinado regime de bens. Assim, conforme preceituado no artigo 1720º, consideram-se sempre contraídos *sob o regime da separação de bens* o casamento urgente celebrado sem precedência do processo de publicações; e o casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade.

No caso de os cônjuges não optarem por escolher um regime típico, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver (dentro dos limites da lei), o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos (artigos 1698º e 1717º).

A lei prevê três regimes de bens nominados ou típicos:

- regime de comunhão de adquiridos;
- regime de comunhão geral;
- regime de separação.

A diferença entre estes três regimes assenta na maior ou menor extensão das categorias de bens comuns e de bens próprios.

3.2 – Convencões antenupciais

As convenções antenupciais são contratos celebrados entre os esposados, celebrados por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registo civil (artigo 1710º), antes do casamento.

Têm capacidade para as celebrar aqueles que têm capacidade para contrair casamento. Aos menores, bem como aos interditos ou inabilitados, só é permitido celebrá-las com autorização dos respectivos representantes legais (artigo 1709º).

Nas convenções antenupciais os esposados podem escolher um dos regimes típicos e dispor de bens entre vivos, fazer nelas constar disposições por morte (nos

termos permitidos pelos artigos 1700º e seguintes) e fazer doações (artigos 1753º e 1754º). As referidas disposições por morte constituem verdadeiros pactos sucessórios, os quais por regra não são admitidos («os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei» - artigo 2028º, nº 2).

A regra é a de que depois da celebração do casamento não se podem alterar nem as convenções antenupciais, nem os regimes de bens legalmente fixados (artigo 1714º).

Este princípio da imutabilidade admite excepções, também elas previstas na lei. Assim, são admitidas alterações ao regime de bens pela revogação das disposições mencionadas no artigo 1700º, nos casos e sob a forma em que é permitida pelos artigos 1701º a 1707º; pela simples separação judicial de bens; pela separação judicial de pessoas e bens; e em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal.

3.3 – Regimes de Bens

3.3.1 – Regime da comunhão de adquiridos

O regime da comunhão de adquiridos é, como já se referiu, o regime supletivo legal (artigo 1717º).

Este regime vem previsto nos artigos 1721º e sgts. do Código Civil.

Na comunhão de adquiridos são bens próprios do marido ou da mulher:

- Os bens que cada um deles tiver ao tempo da celebração do casamento;
- Os bens que lhes advierem depois do casamento por sucessão ou doação; e,
- os bens adquiridos na constância do matrimónio por virtude de direito próprio anterior²⁴ (artigo 1722º, nº 1).

Conservam a qualidade de bens próprios:

- Os bens sub-rogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca directa;
- O preço dos bens próprios alienados;

²⁴ Consideram-se, entre outros, adquiridos por virtude de direito próprio anterior, sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao património comum: os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos partilhados depois dele; os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento; os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade; e os bens adquiridos no exercício de direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento (artigo 1722º, nº 2).

- Os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges (artigo 1723º).

E ainda os bens previstos nos artigos 1726º, 1727º e 1728º.

Todos os outros bens dos cônjuges se consideram integrados na comunhão, designadamente o produto do trabalho dos cônjuges e (em regra) os bens adquiridos por eles na constância do matrimónio (artigo 1724º).

3.3.2 – Regime da comunhão geral

O regime da comunhão geral de bens é caracterizado por todos os bens dos cônjuges serem comuns, mesmo os levados para o casamento (artigo 1732º).

Mas como não há regra sem excepção, a lei impõe a incomunicabilidade em determinados casos, quais sejam:

- Os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade;
- Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado;
- O usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais;
- As indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios;
- Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios;
- Os vestidos, roupas e outros objectos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência;
- As recordações de família de diminuto valor económico.

3.3.3 – Regime da separação

O regime da separação encontra a sua regulação nos artigos 1734º e seguintes. Caracteriza-se pela separação absoluta, já que neste regime não há bens comuns²⁵.

Na convenção antenupcial os esposados podem estipular cláusulas de presunção sobre a propriedade dos móveis, com eficácia extensiva a terceiros, mas sem prejuízo de prova em contrário. E quando haja dúvidas sobre a propriedade

²⁵ O facto de os cônjuges não terem qualquer comunhão de bens não significa que não possam ser comproprietários de quaisquer bens, em igualdade de circunstâncias com quaisquer outras pessoas.

exclusiva de um dos cônjuges, os bens móveis ter-se-ão como pertencentes em compropriedade a ambos (artigo 1736º).

3.4 – Titularidade dos bens

Como vimos, dependendo do regime de bens que vigora entre os cônjuges, os bens do casal poderão ser próprios de apenas um deles ou integrarem a comunhão.

A comunhão de bens entre os cônjuges, constitui um património colectivo, porque se trata de um património que pertence em comum a mais do que uma pessoa, sem se repartir entre elas por quotas iguais, como acontece na compropriedade. Os vários titulares do património colectivo são sujeitos de um único direito e de um direito uno, que não comporta qualquer divisão.

Em caso de partilha, por divórcio ou separação, os cônjuges dividirão então o património comum, cabendo a cada um a sua meação.

3.5 – Administração dos bens do casal

A lei estabelece como regra primordial que cada um dos cônjuges tem a administração dos seus bens próprios (artigo 1678º, nº 1).

Para além disso cada um dos cônjuges tem ainda a administração dos bens próprios do outro cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens (artigo 1678º, nº 2, al. f); e dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (artigo 1678º, nº 2. al. e).

Mas, justamente porque com na comunhão conjugal os cônjuges se tornam donos em comum de certos bens, importa saber a quem incumbe a sua administração. A regra básica adoptada pelo legislador (na reforma de 1977) foi a da *administração conjunta por ambos os cônjuges*. Excepcionalmente, a lei fixou-se que cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal (artigo 1678º, nº 3).

3.5.1 – Bens comuns administrados por um dos cônjuges

A administração de bens comuns cabe a apenas um dos cônjuges em três casos:

- quanto aos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles (artigo 1678º, nº 2, al. c);

- quanto aos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge (artigo 1678º, nº 2, al. d);
- e quanto aos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (artigo 1678º, nº 2, al. e).

3.5.2 – Poderes do cônjuge administrador

O cônjuge administrador tem poderes singulares. Já que se não quedam pela mera administração, abrangendo também poderes de disposição de bens móveis comuns ou próprios do outro cônjuge (artigo 1682º, nº 2)²⁶.

O cônjuge administrador é responsável pela sua administração, excepto nos casos em que é a própria lei a consentir a administração de bens que não são seus (artigos 1678º, nº 2, als. a) a f) – cfr. artigo 1681º, nºs 1, 2 e 3 e 1161º, al. d).

A administração ruínosa do outro cônjuge, confere o direito a requerer a simples separação judicial de bens (artigo 1767º).

O cônjuge não administrador tem o poder de tomar as providências necessárias respeitantes aos bens, se o outro cônjuge se encontrar temporariamente impossibilitado de o fazer e do retardamento das providências puderem resultar prejuízos (artigo 1679º).

3.5.3 – Ilegitimidades conjugais²⁷

Carece do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens:

- A alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns;
- A alienação, oneração ou locação de estabelecimento comercial, próprio ou comum.

E a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges (artigo 1682º-A).

²⁶ Tais poderes não encontram paralelo noutros administradores de bens alheios, como os do curador de bens do ausente (95º), do tutor (1944º), do cabeça-de-casal (2093º), do testamenteiro (2332º), etc.

²⁷ Capacidade → depende de uma qualidade do sujeito; Ilegitimidade → resulta de uma posição do sujeito.

O consentimento conjugal, nos casos em que é legalmente exigido, deve ser especial para cada um dos actos (artigo 1684º).

A forma do consentimento é a exigida para a procuração (artigo 262º, nº 2).

O consentimento pode ser judicialmente suprido, havendo injusta recusa, ou impossibilidade, por qualquer causa, de o prestar (artigos 1425º e 1436º CPC).

Os actos praticados em violação do disposto nos artigos 1682º, 1682º-A e 1862º-B e 1683º, nº 2, são anuláveis (artigo 1687º), anulabilidade essa que é sanável mediante confirmação, nos termos gerais (artigo 288º).

3.6 – Responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges

O princípio geral no direito comum é o de que os bens dos devedores são a garantia dos credores. Por isso, em geral, cada pessoa tem legitimidade para contrair dívidas, respondendo com o seu património perante os seus credores. No entanto a existência da comunhão conjugal vem introduzir características específicas que exigem um tratamento diferenciado. As regras contidas nos artigos 1690º e seguintes têm por escopo, justamente, a regulação dessas especificidades.

3.6.1 – Dívidas comunicáveis

Dispõe o artigo 1690º, nº 1, que:

«1. Tanto o marido como a mulher têm legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro cônjuge.»

São da responsabilidade de ambos os cônjuges, as seguintes dívidas:

«a) As dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro;»

Trata-se de dívidas contraídas com o consentimento do outro cônjuge, não se admitindo aqui o suprimento judicial a que alude o artigo 1684º. A regra é a de que sendo a dívida contraída no âmbito dos poderes de administração, ela será normalmente de responsabilidade comum; e se for contraída fora do âmbito da sua administração, ela será normalmente da responsabilidade do cônjuge contraente, mesmo quando contraída em proveito comum do casal.

- «b) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar;»

Cura esta norma das pequenas dívidas, normalmente associadas às despesas do lar.

- «c) As dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração;»

Torna-se importante verificar se a dívida tem que ver com os bens de que o cônjuge tem a administração. Os poderes de administração são mais amplos que no direito comum, só estando limitados pela exigência legal de consentimento do outro cônjuge.

- «d) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal, ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens;»

Visa-se aqui a tutela do comércio, estabelecendo-se uma presunção legal de proveito comum a favor do casal. Esta norma deve conjugar-se com a constante do artigo 15º do Cód. Comercial, onde se dispõe que: «As dívidas comerciais do cônjuge comerciante presumem-se contraídas no exercício do seu comércio.»

Não haverá comunicabilidade se o regime de bens que vigorar entre os cônjuges for o da separação.

- «e) As dívidas consideradas comunicáveis nos termos do nº 2 do artigo 1693º;»

Trata-se das dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os bens tenham ingressado no património comum.

Mais se estabelece, relativamente ao regime da comunhão geral, que são ainda comunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal (artigo 1691º, nº 2).

O proveito comum do casal não se presume, excepto nos casos em que a lei o declarar (artigo 1691º, nº 3). E afere-se pela finalidade visada pelo cônjuge contraente. Importa verificar se essa finalidade se integra no interesse do casal.

3.6.2 – Bens que respondem pelas dívidas de responsabilidade de ambos os cônjuges

Dispõe a este propósito o artigo 1695º, que:

- «1. Pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges.
2. No regime da separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges não é solidária.»

A responsabilidade dos cônjuges é solidária nos regimes de comunhão e é parcíaria no regime de separação. Pode ter-se estabelecido uma responsabilidade convencional (artigos 512º e sgts.), ou em convenção antenupcial ou mesmo posteriormente, no regime da separação, em relação a uma dada dívida.

3.6.3 – Dívidas incomunicáveis

Preceitua o artigo 1692º, que:

«São de exclusiva responsabilidade do cônjuge a que respeitam:

- a) As dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro, fora dos casos indicados nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo anterior;
- b) As dívidas provenientes de crimes e as indemnizações, restituições, custas judiciais ou multas devidas por factos imputáveis a cada um dos cônjuges, salvo se esses factos, implicando responsabilidade meramente civil, estiverem abrangidos pelo disposto nos nº 1 ou 2 do artigo anterior;
- c) As dívidas cuja incomunicabilidade resulta do disposto no nº 2 do artigo 1694º.»

3.6.4 – Bens que respondem pelas dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

A regra vigente quanto a esta matéria vem enunciada no artigo 1696º:

- «1. Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.
2. Respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor:
 - a) Os bens por ele levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos;

- b) O produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor;
- c) Os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea a).»

Face à regra do nº 1 pode questionar-se se respondem pelas dívidas de um só dos cônjuges os bens do devedor que estejam sob administração do outro. Há quem entenda que sim e quem entenda que não, pelo menos quando a administração desses bens a lei tenha confiado ao outro cônjuge (p. ex. bens utilizados como exclusivo instrumento de trabalho).

Na falta ou insuficiência de bens próprios pode o credor penhorar os bens comuns do casal.

Para se poder operacionalizar a solução prevista no nº 1 a lei estabelece no artigo 825º do Código de Processo Civil as regras relativas à separação das meações na acção executiva.

- «1 – Quando, em execução movida contra um só dos cônjuges, sejam penhorados bens comuns do casal, por não se conhecerem bens suficientes próprios do executado, cita-se o cônjuge do executado para, no prazo de que dispõe para a oposição, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência de acção em que a separação já tenha sido requerida.
- 2 – Quando o exequente tenha fundamentadamente alegado que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum, é ainda o cônjuge do executado citado para, em alternativa e no mesmo prazo, declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de, se nada disser, a dívida ser considerada comum, para os efeitos da execução e sem prejuízo da oposição que contra ela deduza.
- 3 – Quando a dívida for considerada comum, nos termos do número anterior, a execução prossegue também contra o cônjuge não executado, cujos bens próprios podem nela ser subsidiariamente penhorados; se, antes dos bens comuns, tiverem sido penhorados os seus bens próprios e houver bens comuns suficientes, pode o executado inicial requerer a substituição dos bens penhorados.
- 4 – Tendo o cônjuge recusado a comunicabilidade, mas não tendo requerido a separação de bens nem apresentado certidão de acção pendente, a execução prossegue sobre os bens comuns.
- 5 – Não tendo o exequente invocado a comunicabilidade da dívida, nos termos do n.º 2, pode qualquer dos cônjuges, no prazo da oposição, requerer a separação de bens ou juntar a certidão de acção pendente, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados.

- 6 – Pode também o executado, no mesmo prazo, alegar fundamentadamente que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum, caso em que o cônjuge não executado, se não tiver requerido a separação de bens, é notificado nos termos e para os efeitos do n.º 2, aplicando-se os n.ºs 3 e 4, se não houver oposição do exequente.
- 7 – Apensado o requerimento em que se pede a separação, ou junta a certidão, a execução fica suspensa até à partilha; se, por esta, os bens penhorados não couberem ao executado, podem ser penhorados outros que lhe tenham cabido, permanecendo a anterior penhora até à nova apreensão.»

3.6.5 – Compensações

No caso de os bens de um dos cônjuges terem respondido por dívidas da responsabilidade comum, esse cônjuge torna-se credor do outro, mas o acerto das contas só se fará no momento da partilha dos bens comuns. É a regra constante do artigo 1697º:

- «1. Quando por dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges tenham respondido bens de um só deles, este torna-se credor do outro pelo que haja satisfeito além do que lhe competia satisfazer; mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.
2. Sempre que por dívidas da exclusiva responsabilidade de um só dos cônjuges tenham respondido bens comuns, é a respectiva importância levada a crédito do património comum no momento da partilha.»

III – VICISSITUDES E EXTINÇÃO DO CASAMENTO

A relação matrimonial é tendencialmente perpétua, mas como tudo o que é humano também esta pode manifestar imperfeições que determinarão a sua modificação ou mesmo a sua extinção.

São casos de *modificação* a simples separação judicial de bens e a separação de pessoas e bens; e são casos de *extinção* do casamento a morte e o divórcio (e causa de *invalidação* a dissolução por dispensa).

1 – SEPARAÇÃO JUDICIAL DE BENS

O instituto da simples separação de bens vem previsto nos artigos 1767º a 1772º do Código Civil.

Nesta modalidade modificativa da relação matrimonial opera-se uma separação patrimonial, deixando incólumes os efeitos pessoais do casamento.

Pode requerer a simples separação de bens o cônjuge que se vir em perigo de perder os seus bens, por má administração do outro cônjuge (artigo 1767º).

Esta providência tem carácter judicial e litigioso, uma vez que só o tribunal a pode decretar por via de acção intentada por um dos cônjuges contra o outro (artigo 1768º).

Naturalmente que esta medida não é possível, por natureza, no regime da separação.

Não se confunde esta separação com aquela que é determinada em sequência da falência do cônjuge (artigo 201º CPEREF), nem com a separação de meações decretada no âmbito de uma acção executiva por razão de dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges (artigos 825º e 1406º CPC).

2 – SEPARAÇÃO DE PESSOAS E BENS

A separação de pessoa e bens, regulada nos artigos 1794º a 1795º-D do Código Civil, afecta não só as relações patrimoniais, mas também as pessoais. Naquelas a separação opera-se tal como na simples separação de bens e as relações pessoais quase que se extinguem, apenas subsistindo os deveres de fidelidade, de cooperação e de respeito, pois que os cônjuges se mantêm casados. E porque continuam casados, não podem contrair novo casamento.

Na evolução que a lei portuguesa foi tendo, a separação de pessoas e bens começou por ser um remédio para as crises do casamento, sobretudo para o casamento católico, relativamente ao qual não se admitia o divórcio²⁸. Hoje vigoram os dois institutos, ao lado um do outro, prevendo a lei que a separação se possa converter em divórcio (artigo 1795º-D).

A separação de pessoas e bens, tal como o divórcio, tem duas modalidades: a litigiosa e a de por mútuo consentimento.

Hoje só a separação de pessoas e bens litigiosa (tal como acontece no divórcio) é judicial; sendo administrativa a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (da competência do conservador do registo civil)²⁹.

O processo de separação de pessoas e bens, quer na modalidade litigiosa, quer na modalidade de mútuo consentimento, segue os mesmos trâmites do divórcio litigioso (artigos 1407º e sgts. CPC) e do divórcio por mútuo consentimento (artigo 14º do DL nº 272/2001, de 13 Outubro), respectivamente (que adiante, a propósito do divórcio, melhor se explicitará). Há no entanto uma especificidade que merece referência, que é solução prevista no artigo 1795º do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 Novembro:

- «1. A separação judicial de pessoas e bens pode ser pedida em reconvenção, mesmo que o autor tenha pedido o divórcio; tendo o autor pedido a separação de pessoas e bens, pode igualmente o réu pedir o divórcio em reconvenção.
2. Nos casos previstos no número anterior, a sentença deve decretar o divórcio se o pedido da acção e o da reconvenção procederem.»

Relativamente aos efeitos da separação, entre os cônjuges, dispõe o artigo 1795º-A, que:

«A separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento.»

Relativamente aos filhos importa notar que cessa a presunção de paternidade (artigo 1829º). No que se refere ao destino e alimentos aos filhos menores, ao modo de os prestar e ao exercício do poder paternal, a situação dos separados é a mesma da dos divorciados.

²⁸ Situação que vigorou até ao Decreto-Lei nº 261/75, de 27 de Maio, que operou a revogação da proibição do divórcio nos casamentos católicos. Tal proibição decorrida da Concordata de 1940 entre o Estado Português e a Santa Sé, a qual, para este efeito, foi previamente revista, através do Protocolo adicional assinado no Vaticano, em 15/2/1975.

²⁹ Conforme decorre do disposto no Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 Outubro.

2.1 – Reconciliação

A separação judicial de pessoas e bens termina pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do casamento (artigo 1795º-B). Podem os cônjuges a todo o tempo reatar a vida em comum, pondo assim termo à separação.

O processo de reconciliação está previsto no artigo 13º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro. Efectua-se por acordo dos cônjuges, a homologar pelo conservador, que remeterá certidão da decisão homologatória ao processo judicial onde foi decretada a separação. Tal decisão deverá ser averbada aos assentos de nascimento e de casamento (artigos 1º, nº 1, al. l), 69º, nº 1, al. a) e 70º, nº 1, al. f) do Cód. Reg. Civil).

Após a reconciliação dos cônjuges volta a vigorar o regime de bens que vigorava entre eles antes da separação.

2.2 – Conversão da separação em divórcio

O artigo 1795º-D do Código Civil fixa as regras substantivas relativas à conversão. Aí se estabelece um período de experiência, de dois anos após a separação, para que os cônjuges possam requerer a conversão da separação em divórcio. E assim é, quer a separação tenha sido decretada em processo litigioso quer o tenha sido por mútuo acordo dos cônjuges.

No entanto, se a conversão for requerida por ambos os cônjuges, podem estes fazê-lo a todo o tempo, sem necessidade do decurso do referido prazo de dois anos.

Pode também qualquer dos cônjuges requerer o divórcio, independentemente daquele prazo se o outro cometer adultério depois da separação, sendo aplicável neste caso, o artigo 1780º.

E a sentença que converta a separação em divórcio não pode alterar o que tiver sido decidido sobre a culpa dos cônjuges, nos termos do artigo 1787º, no processo de separação.

No caso de a separação ter sido decretada pelo tribunal, a conversão segue os termos previstos nos artigos 1417º e 14717-A do CPC; e no caso de a separação haver sido decretada pelo conservador, a conversão seguirá os termos previstos nos artigos 7º a 11º do Decreto-lei nº 272/2001, de 13 Outubro.

Note-se que a conversão na sequência de adultério durante o período da separação, não é causa do divórcio (causa do divórcio será sempre a que determinou a separação); antes, sendo sintoma de uma deterioração irremediável

das relações conjugais, indicia a impossibilidade de reconciliação e então a lei permite a conversão sem dependência do prazo de experiência.

Discute-se se havendo violação de deveres conjugais por banda de um dos cônjuges (ou dos dois), durante o período de separação, se eles têm ou não o direito a uma acção autónoma de divórcio.

Parece que a lei nada obsta ao reconhecimento de tal direito, sendo que pode haver interesse relevante dos cônjuges, a merecer tal tutela. Veja-se, por exemplo, que isso os dispensará do período de experiência de dois anos; e, para além disso, os efeitos decorrentes do divórcio serão diferentes dos da conversão, se a sentença vier a decretar o réu culpado ou principal culpado (cfr. artigo 1787º C. Civil).

3 – DIVÓRCIO

3.1 – Breve resenha histórica

O divórcio foi introduzido na lei portuguesa logo após a instauração da República, em 1910º, com a chamada «Lei do Divórcio», logo aí se admitindo as modalidades de divórcio litigioso e de divórcio por mútuo consentimento.

Tal lei manteve-se até à data da entrada em vigor da Concordata com a Santa Sé (1/8/1940). Desta data em diante passaram a coexistir dois regimes: o da legislação anterior, para os casamentos civis; e a proibição do divórcio para os casamentos católicos celebrados após aquela data. Considerava-se que os esposados ao quererem celebrar o casamento católico renunciavam à faculdade civil de requererem o divórcio.

Com o Código Civil de 1966 incorporou-se neste a regra concordatária da proibição do divórcio nos casamentos católicos e criando-se dificuldades ao divórcio nos casamentos civis, visto que eliminou as causas objectivas de divórcio, introduziu o sistema do divórcio-sanção, no divórcio por mútuo consentimento deixou de se poder requerê-lo directamente, tendo de passar-se por uma fase de separação judicial de pessoas e bens, depois convertível em divórcio, e permitia-se ao juiz decretar apenas a separação de pessoas e bens, nos pedidos de divórcio, se este entendesse que as circunstâncias do caso aconselhavam a não dissolução do casamento.

Depois da revolução em 1974 e da revisão da Concordata, o Decreto-Lei nº 261/75, de 27 Maio, revogou o artigo 1790º do Código Civil (que proibia o divórcio nos casamentos católicos) e o artigo 1794º do mesmo código (que permitia ao juiz decretar a separação em vez do divórcio requerido.)

Este diploma legal e outros publicados até à reforma de 1977 (DL nº 496/77, de 25 Novembro) alteraram significativamente o regime do divórcio no Código Civil, sempre no sentido de alargar a possibilidade de a se ele recorrer para pôr fim à relação matrimonial. Depois da Reforma, em 1995, veio permitir-se o divórcio por mútuo consentimento nas conservatórias do registo civil (em concorrência com os tribunais)³⁰; em 1998 suprimiu-se o prazo mínimo de duração do casamento para poder ser decretado o divórcio, abreviando-se outros prazos relativos a condições para ele poder ser decretado³¹; e em 2001 o processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da exclusiva competência dos conservadores do registo civil³² (com excepção da conversão das acções litigiosas em divórcio por mútuo consentimento).

3.2 – Direito ao divórcio

O direito ao divórcio é um direito potestativo³³, pessoal³⁴ e irrenunciável³⁵.

3.3 – Divórcio por mútuo consentimento

Nesta modalidade de divórcio, que a lei regula nos artigos 1775º a 1778º-A do C. Civil e nos artigos 1419º a 1424º do CPC (e nos artigos 271º a 274º do Cód. Reg. Civil e 14º do DL nº 272/2001, de 13 Outubro – processo administrativo de divórcio) é apenas necessário o acordo dos cônjuges, sem que tenham de revelar a causa pela qual querem dissolver o casamento.

A alteração sistemática introduzida no Código Civil, na Reforma de 1977, de molde a regular o divórcio por mútuo consentimento antes do divórcio litigioso, fez evidenciar a preferência da lei pelo acordo dos cônjuges, evitando as consequências traumáticas que andam muitas vezes associadas ao divórcio litigioso.

3.3.1 – Pressupostos

Para além da vontade comum dos cônjuges eles apenas têm de acordar sobre:

- a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça³⁶;
- o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores³⁷;
- e o destino da casa de morada da família (artigo 1775º, nº 2).

³⁰ Decreto-Lei nº 131/95, de 6 Junho.

³¹ Lei nº 47/98, de 10 de Agosto.

³² Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro.

³³ Direito que de per si ou integrado por acto de autoridade pública faz repercutir na esfera jurídica de terceiros, inelutavelmente, determinados efeitos jurídicos.

³⁴ Direito que cabe apenas ao cônjuge, sendo intransmissível.

³⁵ Ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica (artigo 69º C. Civil).

³⁶ Cfr. artigo 2016º C. Civil.

³⁷ Nesta matéria o acordo versará sobre a guarda dos filhos menores; direito de visita aos filhos pelo cônjuge que não fica com a guarda; e alimentos aos filhos menores.

3.3.2 – Procedimento

Excluindo o caso da conversão da acção litigiosa em divórcio por mútuo consentimento (artigo 1407º, nºs 2 e 3 e 1419º do CPC), o processo é administrativo, correndo na conservatória do registo civil, onde deverá ser apresentado o requerimento. São os artigos 14º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro e 271º e seguintes do Cód. Reg. Civil, que regulam o procedimento.

O requerimento para o divórcio por mútuo consentimento deverá ser assinado por ambos os cônjuges ou pelos seus procuradores e instruído com os seguintes documentos:

- a) Certidão de narrativa completa do registo de casamento;
- b) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores;
- c) Acordo que hajam celebrado sobre o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores, se os houver;
- d) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que careça deles;
- e) Certidão da convenção antenupcial e do seu registo, se os houver;
- f) Acordo sobre o destino da casa de morada da família (artigo 272º, nº 1 do Cód. Reg. Civil).

No caso de haver filhos menores e o exercício do poder paternal não estar ainda judicialmente regulado, o acordo apresentado pelos cônjuges é remetido pelo conservador ao Ministério Público para apreciação. Nada se obstando, o processo põe seguir para conferência. Se o Ministério Público entender que o acordo não acautela suficientemente os interesses dos menores, devolve o processo à conservatória para que o mesmo seja alterado. Se com isso os cônjuges se não conformarem o conservador deverá remeter o processo a juízo, onde a questão se decidirá (homologando-se ou recusando-se a homologação).

A decisão do conservador é recorrível para o tribunal da relação (artigo 274º Cód. Reg. Civil)³⁸.

³⁸ Não se percebe bem esta solução legislativa. Porque razão este recurso há-de ser para um tribunal de relação e não para o tribunal de comarca ? Não estamos perante decisão de uma autoridade administrativa ? No direito contra-ordenacional o recurso é para a primeira instância; no contencioso administrativo as decisões administrativas são impugnadas na 1ª instância; e noutros processo regulados no Cód. Registo Civil a impugnação das decisões do conservador faz-se para o juiz da 1ª instância!

3.4 – Divórcio litigioso

Divórcio litigioso é a modalidade em que um dos cônjuges pede, contra o outro, o decretamento do divórcio, com fundamento numa causa concreta.

Em razão das opções legislativas seguidas a doutrina criou a distinção entre divórcio-sanção, divórcio remédio e divórcio-constatação da ruptura do casamento.

O sistema do divórcio-sanção corresponde à visão tradicional, de meio de reacção a uma violação culposa dos deveres conjugais. O divórcio é aqui o castigo do cônjuge culpado.

No sistema do divórcio-remédio está pressuposta uma situação de crise do casamento, que torna intolerável a vida em comum e que por isso o divórcio surge como remédio para a situação.

No divórcio-constatação da ruptura do casamento há uma situação objectiva de ruptura, muitas vezes criada até pelo próprio requerente, que o divórcio simplesmente constata.

O direito português adoptou uma solução de compromisso entre o divórcio-constatação da ruptura e o divórcio-sanção, em que a culpa assume lugar de relevo.

Assim, na cláusula geral do artigo 1779º, diz-se que qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais. Acrescentando-lhe que essa violação tem de ter um dada medida: «quando pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum.»

Mas do mesmo passo prevêem-se três situações objectivas típicas que são fundamento do divórcio litigioso (artigo 1781º):

- A separação de facto por três anos consecutivos (ou a separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro);
- A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos.
- Não obstante, quer num caso (artigo 1779º), quer no outro (artigo 1781º), o juiz deverá declarar na sentença quem é o cônjuge culpado ou principal culpado (artigo 1787º).

3.4.1 – Divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais

A lei exige que só a violação *culposa* dos deveres conjugais é fundamento de divórcio.

Ora a culpa deriva de um juízo de censurabilidade sobre a conduta do cônjuge. Esse juízo é uma apreciação do desvalor da actuação do cônjuge, que nas circunstâncias concretas deveria ter actuado por forma a respeitar o dever conjugal a que estava adstrito e que lhe era exigível. A culpa do cônjuge que age dolosamente é naturalmente maior do que aquele que agiu com negligência. E por sua vez, vistas as concretas circunstâncias, a violação de um dever conjugal pode ser mais grave do que a violação de outro.

Para além de *culposa* a actuação há-de ser *grave* ou *reiterada* e *comprometer a possibilidade de vida em comum*.

O juízo sobre a gravidade da violação dos deveres conjugais há-de efectuar-se em face das circunstâncias concretas, aferidas nomeadamente de acordo com os critérios enunciados no nº 2 do artigo 1779º (a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges).

A referência à *reiteração* quer significar que a gravidade das condutas comprometedoras da possibilidade da vida em comum pode advir da sua reiteração.

Tem-se entendido que a possibilidade de vida em comum fica comprometida sempre que se exceda o limite razoável do sacrifício, isto é, quando não for *razoavelmente* exigível a manutenção da relação conjugal.

3.4.2 – Divórcio fundado nas causas objectivas típicas

Preceitua o artigo 1781º do C. Civil, que:

«São ainda fundamento do divórcio litigioso:

- a) A separação de facto por três anos consecutivos;
- b) A separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro;
- c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- d) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos.»

Para que a separação de facto possa constituir causa de divórcio exige-se a falta de comunhão de vida durante 3 anos consecutivos.

A separação de facto pressupõe, justamente, que não existe comunhão de vida entre os cônjuges. É preciso ter em devida conta que apesar de viverem em casas separadas pode haver comunhão de vida; e que apesar de viverem na mesma casa pode não existir qualquer comunhão de vida.

A inexistência de comunhão de vida só constitui causa de divórcio se os cônjuges, ou pelo menos um deles, manifestar a intenção de não restabelecer a vida em comum (artigo 1782º).

Também a patologia mental de um dos cônjuges é fundamento de divórcio, na exacta medida em que essa circunstância torna insustentável e inexigível a manutenção da vida em comum.

A ausência sem notícias é também fundamento de divórcio, porque de igual modo aqui se constata a inexistência de qualquer comunhão de vida.

3.5 – Exclusão do direito de requerer o divórcio

Preceitua o artigo 1780º do C. Civil que o cônjuge não pode obter o divórcio, fundado na violação culposa dos deveres conjugais, se tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação; ou se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum.

3.6 – Caducidade

Preceitua o artigo 1786º que o direito ao divórcio caduca no prazo de dois anos, a contar da data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido.

O prazo de caducidade corre separadamente em relação a cada um dos factos; tratando-se de facto continuado, só corre a partir da data em que o facto tiver cessado.

O «conhecimento do facto» há-de abranger o conhecimento das circunstâncias essenciais que o rodearam, de molde a razoavelmente permitir ao cônjuge formar a sua decisão de pedir ou não o divórcio. Por outro lado, «conhecimento do facto» é conhecimento efectivo, não bastando o *rumor*, o *boato* ou a *suspeita*.

3.7 – Processo

A acção de divórcio vem prevista como acção especial nos artigos 1407º e 1408º do CPC.

O autor deverá apresentar a petição no tribunal de família e menores (se o houver na área da residência do autor) ou no tribunal de comarca (se não houver tribunal de família e menores)³⁹.

A petição há-de ser elaborada por advogado (artigo 32º CPC), ser articulada (artigo 151º) e:

- designar o tribunal em que a acção é proposta;
- identificar as partes, indicando os seus nomes, domicílios ou sedes e, sempre que possível, profissões e locais de trabalho;
- indicar o domicílio profissional do mandatário judicial;
- indicar a forma especial do processo (processo especial de divórcio litigioso);
- expor os factos (constitutivos do direito de requerer o divórcio) e as razões de direito que servem de fundamento à acção;
- formular o pedido (de divórcio);
- declarar o valor da causa.

Recebida a petição em juízo e estando esta em condições de prosseguir⁴⁰, o juiz designará dia para uma tentativa de conciliação, sendo o autor notificado e o réu citado para comparecerem pessoalmente ou, no caso de estarem ausentes do continente ou da ilha onde correr o processo, se fizerem representar por mandatário com poderes especiais, sob pena de multa.

Na tentativa de conciliação o juiz procurará conciliar os cônjuges. Não tendo resultado a tentativa de conciliação o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento. Neste caso procurará também o juiz obter o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos, quanto à regulação do exercício do poder paternal dos filhos e quanto à utilização da casa de morada de família durante o período de pendência do processo, se for caso disso.

Se for obtido o acordo dos cônjuges, verificados os condicionalismos do artigo 1419º do CPC, o juiz convola o processo para mútuo consentimento e decreta o divórcio por mútuo consentimento.

³⁹ Artigos 81º da Lei Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei nº 3/99, de 13 Janeiro) e 75º do CPC.

⁴⁰ Se for inepta haverá de ser liminarmente indeferida (artigo 193º CPC); se padecer de algum defeito que a não torne inepta haverá de ser o autor convidado a corrigi-la (artigo 508º, nº 2, ex vi artigo 463º, nº 1 CPC).

Se faltar alguma das partes à tentativa de conciliação⁴¹, ou estando ambas presentes mas o juiz as não conseguir conciliar nem converter a acção em divórcio por mútuo consentimento, será ordenada a notificação do réu para contestar no prazo de 30 dias. No acto da notificação, a fazer imediatamente, entregar-se-á ao réu o duplicado da petição inicial.

Em qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, poderá fixar um regime provisório quanto a alimentos⁴², quanto à regulação do exercício do poder paternal dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família; para tanto poderá o juiz, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias.

Se houver contestação, seguir-se-ão os termos do processo ordinário. E se o réu não contestar, o autor é notificado para, em 10 dias, apresentar o rol de testemunhas, que não poderão exceder o número de oito, e requerer quaisquer outras provas.

Depois o juiz designa data para a audiência final, ponderada a duração provável das diligências a realizar antes dela.

Encerrada a discussão, o tribunal colectivo, quando perante ele decorra o julgamento, conhecerá da matéria de facto e da matéria de direito e a decisão, tomada por maioria, será ditada para a acta pelo respectivo presidente, descrevendo os factos considerados provados e não provados.

A sentença deve declarar se houve culpa dos cônjuges e, havendo, qual é o cônjuge culpado ou o principal culpado (artigo 1787º), ainda que o divórcio se funde em separação de facto (artigo 1782º, nº 2)

A sentença que decreta o divórcio dissolve o casamento (sendo *constitutiva*, dado que opera uma alteração na ordem jurídica), operando os seus efeitos *ex nunc*, isto é, só produz efeitos para o futuro.

Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, mas retroagem à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges (artigo 1789º, nº 1).

Se a falta de coabitação entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data do abandono, que

⁴¹ A parte que faltar injustificadamente será condenada em multa (artigos 651º, nº 6 e 519º, nº 2 do CPC)

⁴² Nos processos de divórcio é admissível a formulação (a cumulação) de um pedido para fixação de alimentos. E a possibilidade de se poderem fixar alimentos provisórios nos termos agora referidos, não exclui a possibilidade de o cônjuge requerer em procedimento cautelar alimentos provisórios (artigo 399º CPC).

a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro (artigo 1789º, nº 2).

Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença (por averbamento nos assentos de nascimento e no assento de casamento).

3.7.0 – Ónus da prova

No que respeita ao ónus da prova da culpa tem-se discutido se ele pertence ao requerente, por decorrência da norma geral relativa à repartição do ónus da prova (artigo 342º do C. Civil), ou beneficia aquele da presunção de culpa, conforme prescreve o artigo 799º do C. Civil para a responsabilidade contratual, cabendo ao requerido a prova dos factos necessários à elisão de tal presunção.

A questão haverá de ser resolvida, nos termos da norma relativa à repartição do ónus da prova (artigo 342º C. Civil). Pertence ao requerente a prova de todos os factos constitutivos do seu direito, sendo a culpa apenas um deles. Com efeito o direito de requerer o divórcio litigioso depende da prova dos vários elementos constitutivos da causa de pedir, como sejam: a *violação dos deveres conjugais*, que seja *culposa* e que pela sua *gravidade* ou *reiteração*, *comprometa a possibilidade de vida em comum*.

A circunstância de estarmos perante um contrato (contrato de casamento) não significa, só por isso, que lhe sejam aplicáveis as normas (ou todas as normas) relativas ao direito contratual. E isto porque o casamento, como sabido é um contrato *outro*, que liga pessoalmente os contraentes como nenhum outro e que tem efeitos em relação a terceiros também sem paralelo com qualquer outro. Para além disso, no que respeita à extinção da relação matrimonial, a lei estabelece regras especiais que são incompatíveis com o regime comum do direito dos contratos.

4 – A DISPENSA DO CASAMENTO RATO E NÃO CONSUMADO

A doutrina discute a conformidade constitucional do artigo XXV da Concordata com a Santa Sé e do artigo 1625º do Código Civil. A discussão coloca-se a propósito do casamento católico e tem todo o sentido, dado o princípio da separação entre a Igreja e o Estado e a exclusividade dos tribunais deste para conhecerem das matérias do direito civil.

Mas admitindo a vigência daquelas normas, então ter-se-á de concluir que vigora entre nós uma outra causa de extinção da relação matrimonial, *rectius* de invalidação da relação matrimonial, que é a dispensa do casamento rato e não consumado (*super rato et non consummato*).

Havendo para a dispensa uma justa causa, podem os cônjuges, ou apenas um deles, desde que o casamento não tenha sido consumado, requerê-la perante os tribunais eclesiásticos. Sendo concedida a dispensa o rescrito é enviado ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, que depois o remete ao tribunal da relação territorialmente competente, que a tornará executória, independentemente de revisão ou confirmação, ordenando que a dispensa seja averbada no assento de casamento (artigo 1626º C. Civil).

ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO¹

I – ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE²

A Constituição da República Portuguesa reconheceu um direito de constituir família, do qual decorre entre o mais uma imposição ao legislador de prever meios para o estabelecimento jurídico dos vínculos de filiação.

O direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26º da Constituição, constitui um direito fundamental, no qual se integra o direito de o filho conhecer a sua ascendência biológica. Aliás esta dimensão do direito à identidade pessoal (direito de averiguação e conhecimento do vínculo real de parentesco) integra também o direito fundamental à integridade pessoal (artigo 25º Constituição). Saber quem se é pressupõe o conhecimento sobre os seus antecedentes (familiares, geográficos, culturais e genéticos). E isso implica a existência de meios legais para a demonstração dos vínculos biológicos de maternidade e de paternidade.

No que respeita ao estabelecimento da maternidade, a lei ordinária prevê que esta se estabelece por declaração no registo civil (artigos 1803º a 1807º C. Civil) ou por reconhecimento judicial (artigos 1814º a 1825º C. Civil).

Têm competência para fazer a declaração de nascimento (artigo 97º Cód. Reg. Civil):

- os pais;
- qualquer pessoa incumbida de prestar a declaração pelo pai ou pela mãe do registando;
- parente capaz mais próximo que tenha conhecimento do nascimento;
- director do estabelecimento ou donos da casa onde o nascimento se verificou;
- médico ou parteira assistente (ou na sua falta outra pessoa que tenha assistido ao nascimento).

1 – ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE POR VIA NÃO JUDICIAL

1.1 – Considerações gerais

Na versão originária do Código Civil e até à reforma de 1977, tanto pai como a mãe podiam perfilhar. A perfilhação era (e ainda é) uma forma de reconhecimento. Mas actualmente só o pai é que perfilha (artigos 1849º C. Civil).

¹ Com referência à ordem jurídica portuguesa.

² Serão do Código Civil Português, na sua redacção actual, as referências normativas sem indicação do diploma legal.

No que respeita à mãe, dispõe o nº 1 do artigo 1796º do C. Civil que:

«Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803º a 1825º.»

A relação jurídica de filiação maternal estabelece-se pelo facto da filiação biológica e esta prova-se através do facto de fácil percepção que é o parto.

Ao declarar-se um nascimento no registo civil, seja a mãe ou terceiro, deve logo identificar-se a mãe do registando (artigos 1803º C. Civil e 112º Cód. Reg. Civil).

Se o nascimento declarado tiver ocorrido há menos de um ano, a maternidade considera-se estabelecida (artigos 1804º C. Civil e 114º Cód. Reg. Civil).

O conteúdo do assento deverá ser comunicado à mãe, se não foi ela a fazê-lo. Se a pretensa mãe negar a maternidade ou não puder ser notificada, a menção da maternidade fica sem efeito (artigos 1804º, nº 2 C. Civil e 113º, nº 3 Cód. Reg. Civil).

Se o nascimento tiver ocorrido há mais de um ano a maternidade considera-se estabelecida se a declarante foi a mãe. Se o não foi a declaração ser-lhe-á comunicada, sob cominação de o filho ser havido como seu. Se for negada a maternidade o vínculo jurídico não se estabelece (artigos 1805º C. Civil e 114º Cód. Reg. Civil).

A declaração de maternidade deve ser declarada verbalmente em qualquer conservatória do registo civil, quanto aos nascidos em território português (sendo que o registo será depois efectuado pela conservatória da área da naturalidade do registando) – artigos 96º e 101º Cód. Reg. Civil. Pode também constar de testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo (artigo 114º, nº 2 Cód. Reg. Civil).

Estando registado o nascimento e este for omisso quanto à maternidade, a mãe pode fazer a declaração de maternidade, salvo se se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio e existir perfilhação por pessoa diferente do marido (artigo 1806º). Pretendeu o legislador evitar a concorrência de duas paternidades (a resultante da perfilhação e a decorrente da presunção legal – artigo 1826º). Neste caso o meio adequado para estabelecer a maternidade vem previsto no artigo 1824º, isto é, pode a mãe requerer ao tribunal que declare a maternidade.

Se o nascimento tiver ocorrido há mais de 14 anos, a declaração deve ser precedida da organização de processo de autorização para inscrição tardia de nascimento (artigos 99º, nº 2 e 283º a 285º do Cód. Reg. Civil).

1.2 – Averiguação oficiosa da maternidade

1.2.1 – Considerações gerais

Estatui o artigo 69º da Constituição que:

- «1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.
2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal (...)

Por outro lado a Constituição considera a família um elemento fundamental da sociedade (artigo 67º).

O desenvolvimento harmonioso do ser humano não pode ser dissociado das relações estabelecidas na família. O Estado está, assim, vinculado positivamente por estes direitos fundamentais, tendo o especial dever de proteger a vida, a integridade pessoal o desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais dos filhos. É aqui que se firma o interesse público, que impõe ao Estado o desenvolvimento de comportamentos positivos de molde a assegurar tais direitos fundamentais.

O disposto depois nos artigos 219º da Constituição («Ao MP compete representar o Estado e defender os interesse que a lei determinar...») e no artigo 3º, nº 1 do Estatuto do Ministério Público³ («compete especialmente ao MP: representar (...) os incapazes (...)», atribui ao Ministério Público o encargo de promover a garantia desses direitos. Ao mesmo nível se situam as normas contidas nos artigos 202º a 205º da OTM⁴, inseridas na secção relativa à averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade, onde se prevê a competência do curador de menores⁵ para instaurar processos de averiguação de maternidade (e de paternidade) e para propor as respectivas acções de investigação.

Parece ser insustentável a tese que sustenta o direito a não ser investigado, decorrente do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada. Mas ainda que tal direito seja admissível, a verdade é que no confronto com o direito fundamental da criança à protecção do Estado para o reconhecimento da sua

³ Lei nº 143/99, de 31 Agosto.

⁴ Organização tutelar de Menores – DL nº 314/78, de 27 Outubro.

⁵ Curador de Menores é o *nomen juris* dos agentes do Ministério Público junto dos tribunais de menores (cfr. artigo 10º OTM).

maternidade e paternidade, sempre teria de considerar a prevalência deste último, num juízo feito sob o critério da proporcionalidade (artigo 18º, nºs. 2 e 3 da Constituição).

1.2.2 – Procedimento

Se o registo de nascimento for omissivo quanto à maternidade, o conservador remete ao tribunal certidão integral do registo e cópia do auto de declarações, se as houver, a fim de se averiguar oficiosamente a maternidade (artigo 1808º).

O processo tem natureza judicial⁶ (artigo 1808º C. Civil e artigo 82º, nº 1, al. j) da LOFTJ⁷): inicia-se por iniciativa do juiz, na sequência do recebimento da certidão do registo civil, que a manda autuar. E termina também com uma decisão jurisdicional, pela qual o juiz manda arquivar o processo ou ordena a sua remessa ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente para a instauração da acção de investigação (artigo 205º OTM).

No entanto a instrução cabe ao curador de menores (artigo 202º da OTM), que procede às diligências necessárias para identificar a mãe e, se por qualquer modo chegar ao seu conhecimento a identidade desta, deve ouvi-la em declarações, que serão reduzidas a auto. Se ela confirmar a maternidade, será lavrado termo e remetida certidão para averbamento ao registo civil (artigo 1808º, nº 3 C. Civil e 117º Cód. Reg. Civil).

Se for negada ou recusada a confirmação da paternidade, o Ministério Público procede a diligências probatórias, em instrução secreta, conduzida de modo a evitar ofensa ao pudor ou dignidade das pessoas. As declarações prestadas no processo não implicam presunção de maternidade.

Finda a instrução, o Ministério Público elabora parecer sobre a viabilidade da acção de investigação de maternidade (artigo 204º OTM). O parecer do curador deverá ser fundamentado e ter como critério a existência ou a inexistência de provas seguras da maternidade.

Ao juiz compete depois proferir despacho final, ordenando o arquivamento do processo ou a sua remessa ao magistrado do Ministério Público junto do tribunal competente para que seja proposta a acção de investigação.

Porque está aqui em causa, fundamentalmente, um interesse público (ou colectivo – da comunidade política), está legitimada a intervenção do tribunal e do Ministério Público, nos termos já assinalados.

⁶ E não administrativa, conforme alguma jurisprudência assinalou (cfr. Ac. STJ, de 16/7/1981, BMJ – 349).

⁷ Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais - Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro.

A intervenção judicial no despacho final (de arquivamento ou remessa ao Ministério Público para propositura da acção), visa garantir que não sejam intentadas acções temerárias, tanto mais de evitar quanto o Ministério Público, em representação do Estado, prossegue aquele tipo de interesse, e elas põem em causa, em maior ou menor grau, o pudor ou a dignidade dos intervenientes directos.

É o melindre dos factos que nestas acções, quase inevitavelmente, se controvertem, que justifica a não citação directa do investigado em acção com processo comum, implicando este procedimento prévio - que constitui a averiguação oficiosa.

Do despacho final relativo à investigação da maternidade apenas cabe recurso, em matéria de direito, a intentar pelo Ministério Público (artigo 206º OTM). Esta norma tem sido objecto de controvérsia sobre a sua conformidade constitucional⁸.

A questão é que não é, a todas as luzes, de reconhecer, a quem quer que seja, um direito ou interesse legítimo em não ser civilmente demandado. E a lei bem poderia ter optado pela demanda directa, sem necessidade deste procedimento prévio, ponderando em cada caso o Ministério Público se seria ou não de propor a acção de investigação.

A averiguação oficiosa constitui, antes, um robustecimento das garantias de defesa dos investigados, pois que tem carácter secreto (artigos 1812º C. Civil e 203º OTM), as declarações nele prestadas não implicam presunção de maternidade/paternidade nem constituem princípio de prova (artigo 1811º), sendo ademais conduzido de forma a evitar ofensa ao pudor ou dignidade das pessoas (artigo 203º OTM) procurando que os investigados fiquem o mais possível resguardados dos riscos e inconvenientes que lhes adviriam de uma plena acessibilidade dos elementos constantes do processo.

Os investigados não são nele partes e não decorre do despacho judicial final nenhuma lesão que afecte a sua esfera jurídica. Já no que ao Ministério Público respeita, o despacho de arquivamento obsta à propositura da acção de investigação, cerceando assim um poder/dever que a lei lhe atribui. Parece assim que o tratamento desigual se mostra materialmente fundado.

A averiguação oficiosa da maternidade não é um modo judicial de estabelecimento da maternidade, nem uma terceira via entre a declaração e o estabelecimento judicial, mas uma actividade que visa a declaração de maternidade (artigo 1808º, nº 3) ou o estabelecimento da maternidade por via judicial (artigo 1808º, nº 4).

⁸ Decidindo recentemente o Tribunal Constitucional pela sua não inconstitucionalidade (cfr. Acórdão TC nº 631/2005, processo nº 49/05, da 2ª secção, de 15 Novembro 2005, em que foi telator o Cons. Benjamim Rodrigues).

2 – ESTABELECIMENTO JUDICIAL DA MATERNIDADE

Estabelece o artigo 1814º do C. Civil que:

«Quando não resulte de declaração, nos termos dos artigos anteriores, a maternidade pode ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito.»

Para além do que dispõe esta norma torna-se necessário lembrar que a lei atribui ao Ministério Público, nos termos já referidos, legitimidade para a acção oficiosa a que se refere o artigo 1808º, nº 4 (cfr. artigo 3º, nº 1, al. a) do Estatuto do Ministério Público – Lei nº 60/98, de 28 de Agosto).

Durante a menoridade do filho a acção pode ser intentada pelo marido da pretensa mãe; neste caso deverá sê-lo contra a pretensa mãe e contra o filho e, se existir perfilhação, também contra o perfilhante (artigo 1822º, nº 2).

No que respeita à legitimidade passiva, a acção haverá de ser proposta durante a menoridade do filho ou nos dois anos posteriores à sua maioridade ou emancipação, devendo ser demandados a pretensa mãe (ou se esta já tiver falecido, o cônjuge e também, sucessivamente, ascendentes ou irmãos; e também os herdeiros e legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da acção) – artigo 1819º. Se se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe, a acção de investigação deve ser intentada também contra o marido e, se existir perfilhação, ainda contra o perfilhante (artigo 1822º, nº 1).

Na acção de investigação pode cumular-se a impugnação da presunção de paternidade, do marido da mãe, se se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe (artigo 1823º, nº 1)º.

Assim, as acções oficiosas de investigação da maternidade podem ser:

- simples (sendo a ré a pretensa mãe);
- mistas (sendo réus a pretensa mãe e o seu marido);
- complexas (sendo réus a pretensa mãe, o seu marido e o perfilhante)

A acção pode também ser intentada pelo filho, que terá de provar que nasceu da pretensa mãe (artigo 1816º), demonstrando a existência de um parto e a sua identidade com a criança que nasceu nesse parto. A prova pode também fazer-se através das presunções legais previstas no nº 2 do artigo 1816º).

⁹ Acção complexa.

Prazo (artigo 1817º):

- durante a menoridade do investigador ou nos dois primeiros anos posteriores à maioridade ou emancipação.
- um ano a partir da rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo, em caso de estar registada maternidade contrária àquela que se quer investigar;
- seis meses se a acção se fundar em escrito;
- um ano a partir do momento em que deixou de haver tratamento como filho, havendo posse de estado.

A lei permite a *coligação de investigadores*, quer estes sejam filhos do mesmo pai, quer de pais diferentes, ou mesmo de pais desconhecidos (artigo 1820º).

No decurso da acção de investigação ou como preliminar desta pode o investigador requerer a atribuição de *alimentos provisórios*, através do procedimento cautelar previsto nos artigos 399º a 402º do CPC.

Não haverá lugar à restituição dos alimentos provisórios recebidos (artigo 2007º, nº 2).

A própria mãe pode intentar acção de investigação da maternidade, nos casos em que há conflito de paternidade, dado que a mãe não pode fazer a declaração de maternidade quando se trate de filho do marido se já existir perfilhação por terceiro (artigos 1806º e 1824º). Neste caso a acção haverá de ser proposta contra o filho, o marido e o perfilhante e pode ser intentada a todo o tempo.

II – EXTINÇÃO DA MATERNIDADE

1 – MEIOS NÃO JUDICIAIS DE EXTINÇÃO DA MATERNIDADE REGISTRALMENTE FIXADA

Importa ter presente que de acordo com o princípio consignado no artigo 3º do Código do Registo Civil, a prova resultante do registo civil quanto aos factos que a ele estão obrigatoriamente sujeitos não pode ser elidida por qualquer outra, a não ser nas acções de estado e nas acções de registo.

As *acções de estado* são as que têm por objecto a simples apreciação de algum dos factos enumerados no artigo 1º do Cód. Reg. Civil; destinam-se a constituir, modificar ou extinguir as situações jurídicas emergentes dos factos sujeitos a registo. Incidem directamente sobre o *acto* ou *facto* registados, embora acessoriamente possam implicar (implicam quase sempre) uma rectificação ou cancelamento do registo. Tais acções seguem o processo comum sob a forma ordinária (cfr. artigo 312º CPC), ou processo especial (artigos 944º, 1407º...).

As *acções de registo* são aquelas que se relacionam com os meios processuais privativos do registo civil, embora judicialmente decididas¹⁰, reportam-se directamente ao *próprio acto de registo*, visando suprir a respectiva omissão, operar a sua reconstituição, ou declarar vícios que o afectam.

Verificada a existência, no contexto do registo, de alguma deficiência ou irregularidade (previstas na lei do registo civil), o conservador deve instaurar processo de justificação administrativa, com base em auto de notícia lavrado por si ou em requerimento do interessado (artigo 241º Cód. Reg. Civil). Por exemplo erro no nome ou noutra elemento de identificação da mãe. Por este meio pode acontecer que a maternidade atribuída a dada pessoa, em razão das aludidas deficiência ou irregularidade, venha a ser administrativamente extinta.

2 – MEIOS JUDICIAIS DE EXTINÇÃO DA MATERNIDADE REGISTRALMENTE FIXADA

Os meios judiciais de extinção da maternidade registralmente fixada são de dois tipos: o processo de justificação judicial (que é uma acção de registo); e a acção de impugnação da maternidade (que é uma acção de estado).

¹⁰ É o caso do processo comum de justificação judicial (artigo 233º C.Reg.Civil), do processo especial de impedimento de casamento (artigo 245º C.Reg.Civil).

2.1 – Processo de justificação judicial (artigos 233º e sgts. Cód. Reg. Civil)

O processo de justificação judicial é o meio próprio para proceder ao suprimento da omissão do registo (artigo 83º C. Reg. Civil), bem como à declaração da sua inexistência jurídica (artigo 85º C. Reg. Civil) ou da sua nulidade (artigo 87º C. Reg. Civil).

O processo inicia-se por auto de notícia do conservador ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, dirigido ao juiz da comarca e acompanhado dos documentos que lhe respeitem. No auto, o conservador expõe a natureza do facto que se pretende justificar e refere as circunstâncias que o determinaram, identificando, se for caso disso, o registo em causa e os títulos ou registos arquivados na conservatória que lhe tenham servido de base.

Quando o processo tiver início por via do interessado ou do Ministério Público, no requerimento devem expor-se os fundamentos da pretensão e indicadas as providências requeridas.

Autuado o processo na conservatória competente para lavrar o registo omitido ou na conservatória detentora do registo objecto da declaração de inexistência ou nulidade, segue-se a instrução, com a citação dos interessados e a produção das provas requeridas ou julgadas convenientes pelo conservador. Depois o conservador lavra informação final e remete o processo ao juiz da comarca para julgamento.

O processo de justificação é igualmente aplicável à rectificação das inexactidões, deficiências ou irregularidades do registo insanáveis por via administrativa, mas que o não tornem juridicamente inexistente ou nulo. Não obstante a previsão desta forma especial de proceder, isso não impede que o pedido de rectificação ou de cancelamento do registo seja formulado em acção de processo ordinário, cumulativamente com outro a que corresponda esta forma de processo, desde que dele seja dependente.

2.2 – Acção de impugnação da maternidade

Dispõe o artigo 1807º do Código Civil que:

«Se a maternidade estabelecida nos termos dos artigos anteriores não for a verdadeira, pode a todo o tempo ser impugnada em juízo pela pessoa declarada como mãe, pelo registado, por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da acção ou pelo Ministério Público.»

Estabelece-se nesta norma um meio comum de impugnação da maternidade, atribuindo-se legitimidade activa não só à pessoa declarada como mãe (ainda que tenha sido ela a autora da declaração), mas também ao registado, ao Ministério Público e a quem demonstre interesse moral ou patrimonial atendível.

Deverão ser demandados a pessoa declarada como mãe e o filho, desde que não figurem na acção como autores. E quando o filho for menor não emancipado, o tribunal deverá nomear-lhe curador especial (artigo 1846º, por analogia e artigo 11º CPC).

3 – INTERVENÇÃO ESTATAL E INTERESSE PÚBLICO NA EXTINÇÃO DA MATERNIDADE (A ACÇÃO OFICIOSA DE IMPUGNAÇÃO DA MATERNIDADE)

O direito de impugnar é imprescritível. E assim é justamente porque há um interesse público na coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, que se sobrepõe às exigências de segurança jurídica e à estabilidade das situações familiares adquiridas.

O alargamento da legitimidade activa ao Ministério Público é outro sinal do interesse público em fazer coincidir a verdade jurídica com a biológica.

A prevalência do interesse público, assim manifestada, sem nenhuma limitação, pode ser criticável. Não será difícil lembrarmo-nos de situações em que a realidade sociológica e afectiva imporiam a existência de limites ao biologismo.

4 – EXTINÇÃO DA MATERNIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS

Estabelece o artigo 1801º, sob a epígrafe «Exames de sangue e outros métodos científicos», que: «nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.»

O contributo da genética forense e das novas tecnologias vem permitindo, com uma segurança crescente¹¹, decidir acerca da verdade biológica, permitindo extinguir, se for o caso, a maternidade fixada, apenas com o resultado da prova pericial que conclua pela não coincidência genética entre a mãe e o filho.

Os exames de sangue, dada a sua natureza, permitem fidedignamente identificar as características biológicas dos indivíduos implicados.

¹¹ Sobretudo se comparada com a falibilidade da prova testemunhal.

«Em cada geração e de cada vez que se forma um novo ser humano, duas ordens de fenómenos concorrem para que ele seja, de facto, geneticamente novo: por um lado, erros de cópia do material genético (mutações) e, por outro, cada progenitor contribui com apenas – *grosso modo* – metade da informação genética de que dispõe, metade essa escolhida – também *grosso modo* – aleatoriamente, de entre as duas cópias que ele próprio recebeu, por sua vez dos seus progenitores.

Compreende-se, pois, facilmente, que a actual diversidade da espécie humana seja tal que a probabilidade de encontrarmos dois indivíduos geneticamente idênticos é virtualmente nula, desde que não sejam gémeos monozigóticos (isto é, originários do mesmo ovo)¹²»

A regra no nosso direito é a de que a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal (artigo 389º do Código Civil). A decisão continua a pertencer ao juiz, que é o perito dos peritos. A perícia limita-se a proporcionar os meios para que se possa interpretar essa prova.

Relembrem-se as regras da prova pericial a que aludem os artigos 568º e seguintes do CPC.

¹² António Amorim e Jorge Rocha, A genética e a investigação da paternidade, Revista do Ministério Público, nº 33/34, 1988, pág. 167.

III – ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

1 – PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DOS FILHOS INTRAMATRIMONIAIS

Preceitua o artigo 1826º do Código Civil, que:

- «1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe.
2. O momento da dissolução do casamento por divórcio ou da sua anulação é o do trânsito em julgado da respectiva sentença; o casamento católico, porém, só se considera nulo ou dissolvido por dispensa a partir do registo da sentença proferida pelas autoridades eclesiásticas.»

A presunção de paternidade serve para estabelecer a paternidade dos filhos nascidos dentro do casamento e de concepção antemrimonial; dos filhos concebidos e nascidos durante o matrimónio da mãe; e ainda dos filhos concebidos durante o casamento e nascidos depois da sua dissolução.

Para efeitos legais, o momento da concepção do filho é fixado dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederem o seu nascimento (artigo 1798º)¹³.

Só assim não acontece nos casos previstos nos artigos 1799º e 1800º, isto é:

Se dentro dos trezentos dias anteriores ao nascimento tiver sido interrompida ou completada outra gravidez, não são considerados para a determinação do momento da concepção os dias que tiverem decorrido até à interrupção da gravidez ou ao parto (artigo 1799º, nº 1).

É admitida acção judicial destinada a fixar a data provável da concepção dentro do período referido no artigo 1798º, ou a provar que o período de gestação do filho foi inferior a cento e oitenta dias ou superior a trezentos (artigo 1800º, nº 1).

Para firmar a referida presunção de paternidade a lei atendeu a juízos objectivos decorrentes da experiência: atribui a paternidade ao marido da mãe, dado que pressupõe haver uma forte probabilidade de ele ser o autor da fecundação.

¹³ Parte-se do facto conhecido (o nascimento) para o fenómeno desconhecido (a fecundação do óvulo) para se determinar a concepção. Tem pressuposto (na sequência do Código Napoleónico) que a gravidez não dura menos de 180 dias (6 meses), nem mais de 300 dias (10 meses). No artigo 1800º admite-se a acção judicial para fixar a data provável da concepção dentro do referido período; ou com vista a provar que a gravidez foi inferior a 180 dias ou superior a 300 dias.

A presunção de paternidade do marido da mãe é obrigatoriamente inscrita no registo de nascimento do filho (artigo 1835º C. Civil e 118º Cód. Reg. Civil).

Esta presunção, que é uma mera presunção *iuris tantum*¹⁴, cessa em casos que a lei também tipifica. Assim, cessa a presunção de paternidade se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges. E considera-se finda a coabitação dos cônjuges (artigo 1829º, nº 2):

- a) Na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento;
- b) Na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosa, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação;
- c) Na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida.

Também cessa a aludida presunção se a mulher casada, ao fazer a declaração do nascimento, indicar que o filho não é do marido (artigo 1832º, nº 1 e 2).

2 – ELISÃO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Esta presunção, que é uma mera presunção *iuris tantum*¹⁵, cessa em casos que a lei tipifica. Assim, cessa a presunção, relativamente a filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, se a mãe ou o marido declararem no acto do registo do nascimento que o marido não é o pai (artigo 1828º).

Cessa a presunção de paternidade também se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges. E considera-se finda a coabitação dos cônjuges (artigo 1829º, nº 2):

- a) Na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento;
- b) Na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosa, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação;
- c) Na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida.

¹⁴ Que cede mediante a prova do contrário.

¹⁵ Que cede mediante a prova do contrário (no caso a prova cinge-se à demonstração que a paternidade é manifestamente improvável – cfr. artigo 1839º, nº 2).

Também cessa a aludida presunção se a mulher casada, ao fazer a declaração do nascimento, indicar que o filho não é do marido (artigo 1832º, nº 1 e 2).

Fora destes casos a elisão da presunção tem de ser feita através de acção comum de impugnação da paternidade (artigo 1838º), a intentar no tribunal cível (ver *infra*).

3 – ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE DE FILHOS EXTRAMATRIMONIAIS POR VIA NÃO JUDICIAL

A paternidade também é um facto biológico, que deriva da fecundação. A lei preconiza que a filiação jurídica deve corresponder à filiação biológica, daí que o estabelecimento da filiação signifique a juridicização do vínculo natural.

A paternidade de filhos extramatrimoniais faz-se, em regra, pelo reconhecimento¹⁶ (artigo 1796º, nº 2), que é uma declaração de ciência ou uma confissão, através da qual o progenitor estabelece a filiação e a que a lei dá o nome de perfilhação.

A perfilhação é um acto jurídico de natureza meramente declarativa, certificativa, não constitutiva.

Ao contrário do que acontece com a maternidade, que pode ser declarada pela mãe ou por terceiro, a declaração de perfilhação é um acto pessoal (mas que pode ser feita por procurador com poderes especiais), livre (não há um dever jurídico de perfilhar) e irrevogável (artigos 1849º, 1852º e 1858º).

A perfilhação só depende da vontade do perfilhante, não carecendo da vontade da mãe do perfilhado nem da mulher do perfilhante (quando este é casado).

A vontade não pode estar viciada, sob pena de anulação do acto (artigo 1860º)

O erro só é relevante se incidir sobre circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade.

A declaração tem de ser expressa (não pode ser tácita); o perfilhante tem de ter capacidade (artigo 1850º); não é necessário que a maternidade já se encontre estabelecida (artigo 1851º); pode ser feita a todo o tempo (artigo 1854º); só é válida se for posterior à concepção e se o perfilhante identificar a mãe (artigo 1855º). Se o perfilhante não tiver capacidade o acto é anulável (artigo 1861º)

A perfilhação pode ser feita perante o funcionário do registo civil, em testamento, por escritura pública e por termo lavrado em juízo (artigo 1853º), sendo registada

¹⁶ O reconhecimento é voluntário ou coactivo. Voluntário na perfilhação (artigo 1796º, nº 2) e coactivo por via de acção (artigo 1869).

por assento quanto for feita perante o funcionário do registo civil, ou por averbamento quando feita através de testamento, escritura ou termo (artigos 130º e sgts. Cód. Reg. Civil).

A perfilhação feita depois de intentada em juízo acção de investigação de paternidade contra pessoa diferente do perfilhante fica sem efeito, e o respectivo registo deve ser cancelado, se a acção for julgada procedente (artigo 1863º).

A perfilhação que não corresponda à verdade pode ser impugnada, mesmo depois da morte do perfilhado. Têm para tal legitimidade o perfilhante, o perfilhado, ainda que haja consentido na perfilhação (se era maior), por qualquer outra pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na sua procedência ou pelo Ministério Público. A mãe ou o filho, quando autores, só terão de provar que o perfilhante não é o pai se este demonstrar ser verosímil que coabitou com a mãe do perfilhado no período de concepção (artigo 1859º).

4 – ESTABELECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE DE FILHOS EXTRAMATRIMONIAIS

Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai (artigo 1864º e 121º Cód. Reg. Civil).

Na averiguação officiosa da paternidade desconhecida será ouvida a mãe (sempre que possível) acerca da paternidade que atribui ao filho. Se esta indicar quem é o pai ou por outro meio chegar ao conhecimento do tribunal a identidade do pretense progenitor, será este também ouvido. No caso de o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registo. Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade. Se o tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação (artigo 1865º).

Não pode, todavia, intentar-se a acção de investigação da paternidade se a mãe e o pretense pai forem parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral; ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento (artigo 1866º).

Os filhos resultantes de incesto estão abrangidos pelo regime geral, podendo a sua maternidade e a paternidade ser estabelecidas (ao contrário do que acontecia no

direito pregresso em que só um dos progenitores podia perfilhar). Mas tal só acontecerá se isso resultar da vontade e da iniciativa dos interessados (pai, mãe e filho). No entanto a lei entendeu não lhes impor a revelação do incesto através de um procedimento oficioso.

A limitação temporal dos dois anos constitui uma cautela e um estímulo: uma cautela para que se intentem acção de resultado incerto em razão das provas se terem dissipado no tempo; e um estímulo para se agir sem demora, para satisfazer os interesses particulares e públicos em presença.

A jurisprudência discutiu durante muitos anos se o prazo de caducidade dois anos se contava da data do nascimento ou da data do registo, visto que só a partir deste o facto se torna cognoscível e juridicamente relevante. Seja como for trata-se de questão pouco importante, dado que decorridos os dois anos (sobre um ou sobre o outro momento) o Ministério Público pode ainda investigar a paternidade, como representante do incapaz¹⁷.

À acção oficiosa são aplicáveis as regras previstas para a acção de investigação da maternidade (artigo 1868º) – cfr. *supra*.

Convirá no entanto deixar aqui algumas notas adicionais.

Nas acções de investigação da paternidade (como nas da maternidade) o que está em causa é a paternidade biológica (cfr. artigos 1826º, 1839º, nº 2, 1847º, 1859, entre outros).

Sendo a causa de pedir o facto concreto em que se arrima o direito a declarar, aquele não pode deixar de ser, justamente, a paternidade biológica (a procriação).

Até se dispor dos meios técnicos que hoje existem e que permitem fazer a prova directa daquele facto, o autor da acção oficiosa tinha de fazer uma prova indirecta da paternidade, através do preenchimento das condições das presunções legais previstas no artigo 1871º do Código Civil, ou de presunções naturais, como é o caso da exclusividade das relações sexuais entre a mãe e o pretenso pai durante o período legal de concepção.

O assento nº 4/83¹⁸, fixou que: «na falta de uma presunção legal de paternidade, cabe ao autor, em acção de investigação, fazer a prova de que a mãe, no período legal de concepção, só com o investigado manteve relações sexuais.»

Na data em que foi tirado este assento não havia ainda possibilidades técnicas de fazer a prova directa da procriação, de maneira que se tem entendido ser

¹⁷ Cfr. Estatuto do MP, Lei nº 60/98, de 28 Agosto – artigo 5º, nº 1, al. c).

¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21/6/1983.

necessário hoje fazer uma interpretação restritiva da doutrina de tal assento, entendendo que ela só abrange as causas em que a prova da paternidade se faz de modo indirecto, através das presunções naturais.

Hoje pode-se e deve-se quesitar directamente o facto constitutivo da causa de pedir, por que é possível fazer a sua prova directamente, por meios periciais.

«O objectivo da perícia é determinar a existência ou não de incompatibilidade genética entre o pretense pai e o indivíduo cuja paternidade se investiga, dado o par biológico mãe-filho como verdadeiro. Caso não se detecte nenhuma incompatibilidade genética, determina-se então, a probabilidade que o réu tem de ser o pai biológico.¹⁹»

5 – PATERNIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS PROCRATIVAS

A evolução das técnicas, a par do aumento da taxa de infertilidade/esterilidade conjugal, a multiplicação das instituições em que a procriação medicamente assistida se pratica (nem sempre sem abuso de técnicas que levantam problemas éticos), no avolumar e complexificar das questões éticas implicadas e na ausência de legislação específica, vem-se tornando cada vez mais difícil responder a problemas que a vida vai inevitavelmente suscitar.

Em Portugal o CNECV (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida), vem produzindo pareceres nesta área, que vão servindo de linhas de orientação para enfrentar estes novos problemas.

Alguns dos problemas estão já regulamentados em tratados internacionais, como é o caso da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, a Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (e o Protocolo Adicional que proíbe a clonagem de seres humanos), adoptada à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997 (ratificada por Resolução da AR nº 1/2001, de 3 Janeiro), a Directiva nº 98/44/CE.

Eles surgirão em sequência da concretização de projectos parentais, desconsiderando os interesses do futuro ser humano. A regra fundamental parece ser a do respeito pela não instrumentalização da vida humana, decorrente do princípio da dignidade humana.

¹⁹ Helena Geada e Manuela Flores, Exames de Sangue e estabelecimento da paternidade, Textos 1, 1990/1991, CEJ, pág. 151/158.

Inventariam-se já alguns problemas:

- No caso de procriação medicamente assistida com recurso a dador de gâmetas, deverá ou não ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste (no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica).
- O consentimento informado.
- A objecção de consciência dos técnicos.
- O estatuto do embrião.
- O excesso de embriões (o direito do embrião humano à vida).
- O diagnóstico pré-implnatação nos embriões (finalidades clínicas e finalidades de conveniência).
- A investigação científica em embriões humanos.
- A criação de embriões apenas para fins de investigação científica.
- Etc.

IV – EXTINÇÃO DA PATERNIDADE

As questões relativas aos meios não judiciais de extinção da paternidade registralmente fixada, colocam-se nos mesmos termos já referidos quanto à maternidade, pelo que se remete para as considerações já acima efectuadas.

1 – OS MEIOS JUDICIAIS DE EXTINÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRALMENTE FIXADA

A paternidade é registada por via da perfilhação ou por via oficiosa se houver presunção legal de paternidade advinda do casamento, nos termos já atrás referidos.

1.1 – Acção de impugnação da paternidade presumida

A elisão da presunção de paternidade tem de ser feita através de acção comum de impugnação da paternidade (artigo 1838º), a intentar no tribunal cível.

Estabelece o artigo 1838º que a paternidade presumida nos termos do artigo 1826º só pode ser impugnada nos casos expressamente previstos na lei (nos artigos seguintes). Enumerando depois o artigo 1839º as pessoas com legitimidade para a acção impugnatória: marido da mãe; esta, o filho, ou o Ministério Público (este nos termos do artigo 1841º²⁰). E devem ser demandados a mãe, o filho e o presumido pai quando nela não figurem como autores (artigo 1846º).

Se se tratar da acção oficiosa, ela é precedida da *averiguação oficiosa para impugnação de paternidade*, com vista a averiguar da viabilidade daquela, que tem lugar a requerimento de quem se declarar pai biológico do filho (artigo 1841º).

Do despacho final proferido pelo juiz nesta averiguação oficiosa, cabe recurso, não só do Ministério Público, mas também do impugnante (artigo 206º OTM).

²⁰ «1. A acção de impugnação de paternidade pode ser proposta pelo Ministério Público a requerimento de quem se declarar pai do filho, se for reconhecida pelo tribunal a viabilidade do pedido.
2. O requerimento deve ser dirigido ao tribunal no prazo de sessenta dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste no registo.
3. O tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção, depois de ouvir, sempre que possível, a mãe e o marido.
4. Se concluir pela viabilidade da acção, o tribunal ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente para a acção de impugnação.»

Na acção declarativa com processo comum (e que segue obrigatoriamente a forma ordinária²¹) o autor deve provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável (artigo 1839º, nº 2).

Na verdade, nos caso em que há presunção legal a onerar uma das partes, incumbe a essa parte fazer a prova do contrário, isto é, criar no juiz a convicção da não verificação do facto base da presunção legal, ou, claro, do facto presumido. Neste caso a prova do contrário seria a demonstração de um facto negativo, que é muito difícil e por vezes impossível, por isso lhe chama a *probatio diabolica*. Daí que a lei tenha densificado o ónus do autor na demonstração de que a paternidade é manifestamente improvável.

Independentemente da prova da manifesta improbabilidade da paternidade, podem ainda a mãe ou o marido impugnar a paternidade do filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, excepto:

- a) Se o marido, antes de casar, teve conhecimento da gravidez da mulher;
- b) Se, estando, pessoalmente presente ou representado por procurador com poderes especiais, o marido consentiu que o filho fosse declarado seu no registo do nascimento;
- c) Se por qualquer outra forma o marido reconheceu o filho como seu.

Mas cessa o disposto em a) se o casamento for anulado por falta de vontade, ou por coação moral exercida contra o marido;

- cessa ainda o disposto em b) e c) quando se prove ter sido o consentimento ou reconhecimento viciado por erro sobre as circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade, ou extorquido por coação.

Quanto aos prazos de caducidade, a acção impugnatória pode ser intentada:

- a) Pelo marido, no prazo de dois anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade;
- b) Pela mãe, dentro dos dois anos posteriores ao nascimento;
- c) Pelo filho, até um ano depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

21 Cfr. artigos 312º e 462º do CPC.

Se o titular do direito de impugnar a paternidade falecer no decurso da acção, ou sem a haver intentado, mas antes de findar o prazo referido, têm legitimidade para nela prosseguir ou para a intentar (artigo 1844^o):

- a) No caso de morte do presumido pai, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens que não seja a mãe do filho, os descendentes e ascendentes;
- b) No caso de morte da mãe, os descendentes e ascendentes;
- c) No caso de morte do filho, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e os descendentes.

O direito de impugnação conferido às pessoas mencionadas no número anterior caduca se a acção não for proposta no prazo de noventa dias a contar:

- a) Da morte do marido ou da mãe, ou do nascimento de filho póstumo, no caso referidos em a) e b);
- b) Da morte do filho, no caso referido em c).

1.2 – A acção impugnatória da paternidade estabelecida por perfilhação (impugnação da perfilhação)

Estabelece o artigo 1859^o, que:

- «1. A perfilhação que não corresponda à verdade é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado.
2. A acção pode ser intentada a todo o tempo, pelo perfilhante, pelo perfilhado, ainda que haja consentido na perfilhação, por qualquer outra pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na sua procedência ou pelo Ministério Público.
3. A mãe ou o filho, quando autores, só terão de provar que o perfilhante não é o pai se este demonstrar ser verosímil que coabitou com a mãe do perfilhado no período de concepção.»

Normalizou-se, sobretudo na linguagem forense, a expressão «impugnação da perfilhação»²², sem que isso corresponda rigorosamente ao objecto da acção. Na verdade o que se impugna é a paternidade estabelecida por via da perfilhação. Trata-se de um modo de controlar *a posteriori* a verdade daquele reconhecimento da paternidade.

Na acção declarativa com processo comum (e que também segue obrigatoriamente a forma ordinária²³) o que está em causa é o interesse público da correspondência entre a filiação jurídica e a natural.

²² Cfr. exemplares de petições iniciais em anexo.

²³ Cfr. artigos 312^o e 462^o do CPC.

Têm legitimidade activa para a acção o perfilhante, o perfilhado, qualquer pessoa que tenha interesse na procedência e o Ministério Público.

A proeminência do biologismo vai ao ponto de se não limitar o direito de impugnar o reconhecimento conscientemente falso²⁴. Daí derivará «apenas» a responsabilização penal por falsas declarações. O mesmo ocorre e pela mesma razão relativamente ao consentimento dado pelo perfilhado. Há terceiros que podem ter interesse relevante na impugnação da paternidade (p. ex. herdeiros, pai verdadeiro), sobrepondo a lei o interesse destes (aliada à regra da verdade biológica), a uma eventual estabilidade afectiva, no que pode ser pelo menos discutível.

As regras relativas ao ónus da prova têm aqui especialidades, conforme decorre do nº 3 do citado preceito legal. Se o autor for o perfilhante ou terceiro, terão de provar que o pai registado não é o pai biológico. Mas se os autores forem a mãe ou o filho, será apenas necessário negarem a paternidade do pai registado, só tendo de provar que o réu não é o pai biológico se este demonstrar ser verosímil que coabitou com a mãe do perfilhado no período legal da concepção.

1.3 – Anulação da perfilhação

A perfilhação é anulável judicialmente a requerimento do perfilhante quando viciada por erro ou coacção moral ou por incapacidade do perfilhante (artigos 1860º e 1861º).

Prazo: um ano a contar do momento em que o perfilhante teve conhecimento do erro ou que cessou a coacção; um ano a contar da data da perfilhação, da maioridade ou do termo da incapacidade.

Têm legitimidade para intentar a acção o perfilhante (artigo 1860º); ou o perfilhante, pais ou tutor (artigo 1861º, nº 1)

²⁴ A proeminência do biologismo não é, contudo, inteiramente congruente. Com efeito, apesar de, com cabe em tal princípio, se permitir a impugnação da paternidade quando houve reconhecimento conscientemente falso, a lei não permite a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial (com sémen de terceiro) ao cônjuge que nela consentiu (artigo 1839º, nº 3).

EFEITOS DA FILIAÇÃO¹

I – EFEITOS DA FILIAÇÃO

1 – DIREITOS E DEVERES DOS PAIS E FILHOS

O enunciado geral relativo aos deveres dos pais e filhos consta do artigo 1874º, nº 1 do Código Civil, onde se enunciam os seguintes deveres:

- de respeito;
- de auxílio;
- de assistência.

1.1 – Dever de respeito

Ao dever de respeito refere-se o artigo 1878º, nº 2, aí se preceituando que os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

1.2 – Assistência

O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar (artigo 1874º, nº 2).

Entende-se por alimentos tudo o que seja indispensável à satisfação das necessidades da vida do alimentando, atendendo à sua situação social, nele se compreendendo o seu sustento, habitação, vestuário, instrução e educação do menor (artigos 2003 e 2004º).

O *dever de prestar alimentos cabe a cada um dos pais* (artigo 2009º, nº, 1 al. c), não sendo um dever apenas daquele que tem a guarda ou que exerce o poder paternal.

A inibição do poder paternal não isenta os pais da obrigação de alimentos (artigo 1917º)

¹ Com referência à ordem jurídica portuguesa.

A *medida dos alimentos* é proporcional aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los (artigo 2004º).

Quanto ao *modo de os prestar* estabelece o artigo 2005º que devem fixar-se prestações pecuniárias mensais, salvo disposição em contrário ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de excepção.

Logo que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos os encargos com o seu sustento, segurança, saúde e educação, *os pais ficam desobrigados* de prover àquelas necessidades (artigo 1879º).

Não obstante, *mesmo depois da maioridade ou emancipação*, se o filho não houver completado a sua formação profissional, *manter-se-á a obrigação de alimentos*, na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete (artigo 1880º).

Os alimentos podem ser provisórios ou definitivos, consoante já se encontre ou não decidido, de modo definitivo, se o alimentando tem direito aos alimentos pedidos.

Enquanto se não fixarem definitivamente os alimentos, pode o tribunal, a requerimento do alimentando, ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio (artigo 2007º, nº 1). O que se fará através do procedimento cautelar previsto nos artigos 399º e sgts. CPC)

Em caso algum haverá restituição dos alimentos provisórios recebidos (artigo 2007º, nº 2)

Têm *legitimidade* para o pedido de alimentos (artigo 186º OTM²):

- o menor;
- o seu representante legal;
- o director do estabelecimento de educação a quem o menor esteja confiado;
- a pessoa à guarda de quem o menor se encontre;
- O Ministério Público.

O *tribunal competente* para conhecer do pedido é o tribunal de família (artigo 82º, nº 1, al. e) LOFTJ³) ou de comarca, da área da residência do menor (artigo 155º/1 OTM).

² Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro.

³ Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, Lei nº 3/99, de 13 Janeiro.

Tramitação do processo, que é de jurisdição voluntária (artigos 150º e 186º a 188º OTM e 1409º a 1411º CPC):

- petição inicial (com junção de certidão comprovativa do grau de parentesco);
- despacho a marcar conferência;
- conferência;
- contestação;
- audiência de discussão e julgamento;
- sentença;
- recurso (artigo 159º OTM).

Alteração (artigos 2012º e 186º OTM)

Se, depois de fixados os alimentos pelo tribunal ou por acordo dos interessados, as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem, podem os alimentos taxados ser reduzidos ou aumentados, conforme os casos, ou podem outras pessoas serem obrigadas a prestá-los.

O processo de alteração deve correr por apenso, aplicando-se as regras do artigo 186º da OTM.

Cessação (artigo 2013º)

A obrigação de prestar alimentos cessa:

- a) Pela morte do obrigado ou alimentado;
- b) Quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los ou aquele que os recebe deixe de precisar deles;
- c) Quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado.

Meios de tornar efectiva a prestação:

- desconto no vencimento do devedor (artigo 189º OTM);
- processo criminal (artigo 190º OTM);
- execução do devedor (1118º CPC).

II – PODER PATERNAL E SEU EXERCÍCIO

1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

O instituto de poder paternal integra-se na protecção legal da família (família nuclear), da criança e do adolescente (como seres diferentes dos adultos).

As crianças e dos adolescentes são sujeitos de direitos e titulares de direitos, nomeadamente:

- ao seu integral desenvolvimento físico, intelectual e moral (artigo 1885º);
- o direito à filiação correspondente à realidade biológica (artigos 1803º e sgts.);
- direito à diferença (artigo 1885º, nº 2);
- o direito a ser ouvidos (artigos 1878º, nº 2, 1901º, nº 2, 1931º, nº 2, 1981º, nº 1, al, a), 1984º, etc.).

O poder paternal é um efeito jurídico da filiação (artigo 1877º), como forma de suprir a incapacidade decorrente da menoridade (são menores os que não tiverem ainda completado os 18 anos – artigos 122º, 123º e 124º).

Trata-se, na verdade, de um *conjunto de poderes-deveres* que competem aos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados.

Trata-se de um direito fundamental determinante de um dever geral de abstenção do Estado e de terceiros, consistente em um conjunto de poderes-deveres (poder funcional), irrenunciável e intransmissível, que deve ser exercido altruisticamente, no interesse dos filhos, *tendo em vista o seu integral e harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral* (artigos 1874º, 1878º, 1882º, 1885º e sgts. e 1997º).

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em Recomendação de 1979 (874), debruçando-se sobre a situação jurídica da criança, considerou que a noção de «poder paternal» devia ser substituída pela de «responsabilidade parental». O objectivo desta Recomendação era o de convidar as legislações nacionais a considerarem os menores já não como «sujeitos» protegidos pelo Direito, mas como titulares de direitos, colocando a tónica no desenvolvimento da personalidade da criança e no seu bem-estar material e moral, numa situação jurídica de plena igualdade entre os pais. Tal visão é conforme à dignidade da pessoa do filho e ao papel dos pais.

2 – CONTEÚDO DO PODER PATERNAL RELATIVAMENTE À PESSOA DOS FILHOS

Relativamente à pessoa dos filhos o poder paternal contém os seguintes poderes-deveres:

- de guarda;
- de vigilância;
- de auxílio;
- de assistência;
- de educação e representação.

O poder-dever de guarda compreende o direito de manter os filhos junto dos pais ou no local que estes indicarem (artigo 1887º) e o direito de regular as relações dos filhos com terceiros (integra ainda os de vigilância, auxílio e assistência (artigo 1878º, nº 2).

O de educação compreende o direito de escolher e dirigir a educação escolar, física, moral e religiosa (artigos 1885 e 1886º).

O de representação compreende o exercício de todos os direitos e obrigações dos filhos, exceptuados os que tiverem natureza estritamente pessoal (artigo 1881º)

3 – CONTEÚDO PATRIMONIAL DO PODER PATERNAL

O poder paternal atribui aos pais também poderes-deveres relativamente à administração dos bens dos filhos (artigo 1878º, nº 1, *in fine*), até à maioridade destes (artigo 1900º), devendo aqueles administrá-los com a diligência com que administram os bens próprios (artigo 1897º).

Não obstante essa regra geral, a lei exclui alguns bens da administração dos pais:

- os bens do filho que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade⁴ ou deserdação⁵;
- os bens que tenham advindo ao filho por doação ou sucessão contra a vontade dos pais;
- os bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais.
- os bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho (artigo 1888º).

⁴ Cfr. artigo 2034º.

⁵ Cfr. artigo 2166º.

E relativamente a actos de alienação de bens dos filhos ou outros actos que possam causar prejuízo ao seu património, a lei só permite que os pais os pratiquem depois de obterem autorização judicial (artigo 1889º). Se, não obstante, tais os actos forem praticados sem a referida autorização, são anuláveis (artigo 1893º), embora possam ser também objecto de confirmação judicial *a posteriori* (artigo 1894º).

Os pais podem utilizar os rendimentos dos bens dos filhos para satisfazerem as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deles, bem assim como prover a outras necessidades da vida familiar (artigo 1896º).

4 – TITULARIDADE DO PODER PATERNAL

A titularidade do poder paternal pertence sempre a ambos os progenitores.

5 – EXERCÍCIO DO PODER PATERNAL

O exercício do poder paternal pertence a ambos os progenitores ou a um deles.

5.1 – Exercício pertencente a ambos os progenitores

Em decorrência do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, dos progenitores e da proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36º Constituição), o exercício do poder paternal pertence a ambos os pais:

- no caso de filhos nascidos de pais casados entre si (artigo 1901º)
- no caso de filhos de pais não casados entre si, mas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, de declararem no registo civil ser essa a sua vontade (artigo 1911º, nº 3)
- no caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento ou cessação da convivência nos termos previstos no artigo 1911º, quando nisso os progenitores acordarem (artigo 1906º).

Tendo em vista as relações com terceiros, a prática de actos em nome do filho, foi regulada em termos de se considerar que se presume o acordo do outro progenitor relativamente a acto que ele tenha praticado sozinho. Todavia, sempre que a lei exija o consentimento de ambos para a prática de determinado acto, ou quando se trate de acto de particular importância, a referida presunção não opera (artigo 1902º).

A falta de acordo dos pais não é oponível a terceiro de boa fé.

5.2 – Exercício pertencente a um só dos progenitores

O exercício do poder paternal pertence a um só dos pais:

- no caso de filhos relativamente aos quais a filiação está estabelecida apenas em relação a um dos progenitores (artigo 1910º);
- no caso de um dos progenitores o não poder exercer em razão de ausência, incapacidade ou outro impedimento (artigo 1903º);
- no caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges (artigo 1904º);
- no caso de morte de um dos consortes da união de facto, quando a vontade de exercício conjunto do poder paternal foi comunicada ao registo civil (artigo 1911º, nº 3 e 1904º);
- nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento (artigos 1905º, 1906º, 1909º e 1912º)
- nos casos em que os pais não são casados e não fizeram qualquer declaração no registo civil, cabendo o exercício ao que tiver a guarda, presumindo-se⁶ que é a mãe (artigo 1911º).

6 – REGULAÇÃO JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO PODER PATERNAL

Nos casos em que não haja convivência marital (ou nunca tenha havido) deve regular-se o exercício do poder paternal (artigos 1905º, nº 1, 174º e 183º da OTM), o qual se faz por:

- acordo dos pais, judicialmente homologado;
- ou por decisão do juiz, de harmonia com o interesse dos filhos (artigos 1905º, 1909º e 1912º e também 180º da OTM).

O facto determinativo da regulação é a falta de convivência marital, porque cessou (por divórcio, separação, etc.) ou porque nunca existiu.

A regulação do exercício do poder paternal compreende, necessariamente:

- a guarda dos filhos;
- o regime de visitas ao progenitor que não tem a guarda;
- a fixação dos alimentos devidos aos filhos e o modo de os prestar.

Excepto nos casos em que há acordo dos pais relativamente ao exercício conjunto do poder paternal (artigo 1906º), vigorando nesse caso, quanto às questões relativas à vida do filho, as condições idênticas às que vigoram na constância do casamento (artigo 1901º).

⁶ Trata-se aqui de uma presunção que elidível.

6.0 – Procedimento

Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, os pais devem apresentar ao tribunal acordo que abranja os aspectos acima referidos, acautelando os interesses dos filhos, para ser judicialmente homologado (artigos 1905º, nº 1 e 174º OTM).

Se não for apresentado o referido acordo no prazo legal (15 dias), o Ministério Público dará entrada de requerimento no tribunal para regulação do exercício do poder paternal (artigo 175º OTM).

Mas também quando o poder paternal seja exercido em conjunto por ambos os pais, mas estes não estejam de acordo em alguma questão de particular importância, o diferendo será resolvido pelo tribunal (artigo 184º OTM).

O processo de regulação do exercício do poder paternal, o incumprimento e a alteração, como os demais previstos no Título III da OTM, são processos especiais, previstos nos artigos 175º e sgts. da OTM. São processos de jurisdição voluntária (artigo 155º OTM), seguindo por isso uma tramitação simples, o tribunal tem amplos poderes de regulação do procedimento e instrução processual e nas providências a tomar o juiz não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo/devendo adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (cfr. artigos 1409º e 1410º do CPC).

Têm legitimidade para requerer a regulação do exercício do poder paternal qualquer dos pais ou o Ministério Público (artigos 174º, nº 3 e 183º OTM).

Recebido o requerimento ele é autuado e seguidamente é marcada uma conferência de pais (com obrigação de comparência destes), com vista à obtenção de um acordo patrocinado pelo juiz (artigo 175º OTM).

À conferência podem assistir os filhos, os avós destes ou outras pessoas autorizadas pelo juiz (artigo 175º, nº 2 OTM)

Obtendo-se acordo que corresponda aos interesses dos filhos, será judicialmente homologado, por sentença ditada para a acta (artigo 177º OTM).

Se faltar um dos pais, o juiz toma declarações ao outro e ordena que se proceda a inquérito e a outras diligências que julgue necessárias. Seguidamente, após parecer do Ministério Público, decidirá (artigo 177º OTM).

Não havendo acordo dos pais na conferência, são notificados para alegarem por escrito o que tiverem por conveniente, em 15 dias, arrolando prova. Seguidamente

proceder-se-á a inquérito à situação social, moral e económica dos pais e ao mais que o tribunal entenda conveniente (artigo 178º OTM). Depois procede-se a audiência de julgamento, a que se segue a sentença (artigo 179º OTM).

Na sentença o exercício do poder paternal é regulado de harmonia com os interesses dos filhos, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais ou a estabelecimento de educação. O juiz fixa ainda um regime de visitas, a menos que excepcionalmente o interesse do menor o desaconselhe e os alimentos devidos aos filhos (bem como o modo de os prestar) – artigos 1905º C. Civil e 180º OTM.

Os recursos interpostos têm efeito meramente devolutivo (artigo 185º OTM)

O tribunal competente é o da residência do menor (de Família – se houver - ou de comarca) – artigo 155º nº 1 OTM.

7 – INCUMPRIMENTO DA REGULAÇÃO DO PODER PATERNAL

Se relativamente à situação do menor *um dos progenitores não cumprir* o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro ou o Ministério Público, requerer ao tribunal as diligências necessárias ao cumprimento coercivo (com condenação em multa e indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos) – artigos 181º, nº 1 e 183º, nº 3 OTM.

Apresentado o requerimento ao tribunal o juiz toma uma de duas atitudes, conforme se lhe afigurar mais adequado (artigo 181º, nº 2 OTM):

- convoca os pais para uma conferência;
- ou manda notificar o requerido para, no prazo de 5 dias, alegar o que tiver por conveniente.

Na conferência os pais podem acordar na alteração do que se encontra fixado.

Se não houver acordo dos pais na conferência ou se esta não houver sido convocada, proceder-se-á a inquérito sumário e às demais diligências julgadas necessárias e, por fim, o juiz decidirá.

8 – ALTERAÇÃO DE REGIME

Quando o acordo dos pais ou a decisão final do juiz não sejam cumpridos por ambos os progenitores, ou ainda quando *circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar* o que se encontra estabelecido, proceder-se-á a nova regulação do poder paternal.

Têm legitimidade para requerer a alteração qualquer dos pais ou o Ministério Público.

8.0 – Procedimento

Quando o regime resulte de acordo extrajudicial, o requerimento será autuado, sendo-lhe junto certidão do acordo e da sentença homologatória;

Quando o regime foi fixado pelo tribunal, o requerimento é autuado por apenso ao processo onde houve acordo ou foi proferida a decisão regulatória (artigo 182º, nº 2 OTM).

O requerido é citado para, no prazo de dez dias, alegar o que tiver por conveniente.

Junta alegação, ou decorrido o prazo, o juiz ordena o arquivamento se o pedido se mostrar infundado ou se se mostrar desnecessária a alteração, ou ordenará o prosseguimento do processo, seguindo-se os trâmites previstos para a regulação, previstos nos artigos 174º a 179º OTM.

9 – FALTA DE ACORDO DOS PAIS EM QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA

Quando o poder paternal seja exercido em comum por ambos os progenitores, mas estes não estejam de acordo em alguma questão de particular importância, pode qualquer deles requerer ao tribunal a resolução do diferendo (artigos 1902º nº1 C. Civil e 184º OTM).

Embora se não trate de alteração da regulação do poder paternal, dado que este é exercido por ambos os pais, nestes casos, para resolução do diferendo, a lei manda seguir os termos previstos para a regulação (artigo 184º, nº 2 OTM).

Parece ter sido avisada a opção do legislador ao remeter a resolução do diferendo para um procedimento simples, de jurisdição voluntária, em que se privilegia a concertação das partes, dada a especial natureza das questões que podem surgir.

10 – A MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação em sentido lato é um método alternativo de resolução de conflitos, aplicável em qualquer área do direito.

O conflito familiar é, muitas vezes, complexo, surgindo problemas que ultrapassam a mera questão jurídica e que poderão persistir e repercutir-se no cumprimento defeituoso das regulações durante muitos anos.

A mediação familiar constitui uma forma alternativa e complementar de resolução dos conflitos inerentes à dissociação familiar.

A mediação, como modalidade de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito do direito da família, surgiu nos E.U.A. na segunda metade dos anos 70, no

âmbito dos serviços adstritos aos tribunais. Inicialmente orientada para a reconciliação dos casais, acabou por ganhar mais relevância na obtenção de acordos em matéria de regulação do exercício do poder paternal e demais questões decorrentes da ruptura conjugal.

Na Europa, a mediação familiar surge primeiramente no Reino Unido, também na década de 70. A temática tem vindo a ser absorvida na Europa continental, onde se expandiu na década de 80 e 90.

Em Portugal foi criado pela primeira vez uma estrutura de mediação familiar em 1993, no âmbito do Instituto Português de Mediação Familiar, tendo sido patrocinado por psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e outros juristas. A ideia foi evoluindo e hoje, a par de outros de âmbito particular, funciona na dependência do Ministério da Justiça (Despacho nº 12 368/97) um gabinete oficial de mediação familiar, em Lisboa, com intervenção não apenas em situações ainda não apresentadas a tribunal, como também naquelas já apresentadas mas em que houve suspensão do processo judicial. Em qualquer um dos casos os acordos obtidos só são válidos depois de sujeitos a homologação judicial.

Este Gabinete de Mediação Familiar restringiu o seu âmbito de actuação às situações de «conflito parental relativas à regulação do exercício do poder paternal, à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime de exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa» (agora também já as comarcas de Amadora, Sintra, Cascais, Oeiras, Loures, Mafra, Seixal, Barreiro e Almada).

Tem como atribuições fundamentais: - «o atendimento dos utentes; a orientação, a mediação e o acompanhamento em situações de conflito parental; a divulgação dos objectivos e métodos da mediação familiar; a formação na acção; a investigação e avaliação da acção desenvolvida.»

Os mediadores são pessoas que, para além da sua formação de base (em direito, psicologia, ou outra) possuem uma formação específica em mediação e têm por função auxiliar as partes na obtenção de um acordo, através da confrontação e negociação dos pontos divergentes.

As pessoas podem recorrer directamente à mediação ou serem para lá encaminhadas por advogados, pelo Ministério Público ou pelo tribunal.

No âmbito do processo judicial, sempre que o juiz o julga conveniente e as partes nisso acordam (ou a requerimento das partes), remeta-as para a mediação (pública ou privada), suspendendo a instância (artigo 147º-D OTM)

No que respeita ao aludido Gabinete público de mediação familiar, o serviço desenvolve-se sujeito aos seguintes princípios essenciais:

- voluntariedade;
- confidencialidade;
- celeridade;
- e criatividade de soluções, no quadro legal.

O mediador é um terceiro imparcial nas suas relações com os pais e assegura a sua autodeterminação, não podendo impor-lhes qualquer solução.

Os objectivos prosseguidos são:

- Evitar a morosidade e a complexidade dos processos judiciais;
- Promover o diálogo e a capacidade negocial entre os pais e garantir a continuidade das relações entre pais e filhos;
- Contribuir para a realização pessoal e paternal dos utentes e promover a responsabilização de ambos os pais pela educação e bem-estar dos filhos;
- Obter um acordo criado pelos pais.

Para tanto requer a participação pessoal e activa dos pais, os quais são recebidos individualmente numa primeira fase; estando depois presentes em reuniões conjuntas, com o mediador familiar, numa segunda fase.

10.0 – Procedimento:

Os pais podem requerer eles próprios a mediação familiar, podendo fazê-lo pessoalmente na sede; por via telefónica; por correspondência; ou por correio electrónico.

Antes de se iniciar a mediação é necessária a assinatura de um termo de consentimento da mediação, cuja minuta é fornecida pelo Gabinete de Mediação Familiar

Nos casos em que decorre um processo judicial no âmbito da regulação do exercício do poder paternal é necessário apresentação do despacho de suspensão da instância.

A mediação decorrerá entre 1 e 3 meses, consoante os casos.

O acordo é a final redigido pelo mediador familiar, sendo o respectivo documento entregue aos pais.

O acordo de regulação do exercício do poder paternal construído pelos pais em resultado do processo de mediação é destituído de validade e de eficácia jurídicas, até à sua homologação pelo Tribunal ou através da Conservatória do Registo Civil pelos serviços do Ministério Público.

A mediação familiar assim realizada não tem quaisquer custos para as partes.

O juiz não homologará o acordo se a tal obstarem razões de legalidade.

III – LIMITAÇÕES E EXTINÇÃO DO PODER PATERNAL

1 – CESSAÇÃO DO PODER PATERNAL

Os filhos estão sujeitos ao poder paterno até à maioridade ou emancipação. Daí que este poder-dever cesse:

- logo que o menor perfaça 18 anos de idade (artigo 122º);
- depois dos 16 anos de idade, se o menor se emancipar pelo casamento (artigos 132º, 133º e 1601º, al. a);
- cessa também com a morte de ambos os progenitores (artigo 1904º).

2 – MEDIDAS LIMITATIVAS DO EXERCÍCIO DO PODER PATERNAL

Os poderes-deveres que constituem o conteúdo do poder paterno podem ser limitados, de forma a acautelar a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação dos menores, quando não seja caso de inibição do exercício do poder paterno. Muitas vezes a protecção da criança não exige a inibição (total ou parcial) do exercício do poder paterno, sendo suficiente introduzir-lhe algumas limitações, por vezes de carácter meramente temporário, que salvaguardando o interesse superior do menor, reduzem os riscos de estigmatização e proporcionam a medida necessária para permitir um desenvolvimento harmonioso do menor.

Tais limitações não estão tipificadas na lei, mas esta estabeleceu as condições em que podem ser impostas (artigos 1918º e 1920º do Código Civil). Trata-se de medidas necessariamente decretadas por decisão judicial, uma vez que se trata da limitação de um direito fundamental (artigo 36º, nº 6 Constituição). Os seus pressupostos substantivos são: a existência de perigo para a segurança, saúde, a formação moral ou a educação do menor; e não ser caso de inibição do exercício do poder paterno (artigo 1918º).

Nestes casos o exercício do poder paterno mantém-se nos pais, limitados pela incompatibilidade da execução das medidas concretas que forem judicialmente determinadas.

Um dos exemplos paradigmáticos, com elevada relevância prática, tem que ver com a oposição levantada pelos pais, de natureza religiosa, à sujeição dos filhos a transfusão de sangue, no âmbito de tratamento médico de urgência, com risco

para a vida. Os serviços sociais dos hospitais contactam o tribunal de família, onde através da acção tutelar comum (artigo 210º OTM), em procedimento simples, em que bastará exercer o contraditório, se procedem às diligências necessárias e indispensáveis, confiando temporariamente o menor à guarda e cuidados do hospital. Nalguns casos a urgência da situação exigirá o decretamento provisório (imediate) de uma medida, efectivando-se o contraditório *a posteriori*.

3 – INIBIÇÃO DO PODER PATERNAL

A inibição do exercício do poder paternal consiste na retirada aos pais, total ou parcialmente, dos poderes-deveres que integram o conteúdo do poder paternal.

Em razão dos danos afectivos e morais que pode causar, a inibição do exercício do poder paternal só deve ter lugar nos casos mais graves de desrespeito pelo cumprimento dos aludidos poderes-deveres.

A lei considerar que se consideram *inibidos de pleno direito* do exercício do poder paternal (artigo 1913º):

- a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito;
- b) Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica;
- c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório.

Para além disso consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens os menores não emancipados e os interditos e inabilitados não referidos na alínea b).

São inibidos também do exercício do poder paternal, total ou parcialmente, qualquer dos pais que infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres (artigo 1915º, nº 1).

Têm legitimidade para requerer a inibição do poder paternal O Ministério Público, qualquer parente do menor, ou qualquer pessoa a cuja guarda de facto ou de direito ele esteja confiado (artigo 1915º, nº 1).

A inibição do exercício do poder paternal é decretada pelo tribunal, em processo tutelar cível (especial), seguindo os condicionalismos e tramitação prevista nos artigos 1915º, nº 1 C. Civil e 146º, al. l), 155º e 194º e sgts. da OTM ou em processo criminal, em consequência da prática de certos crimes, quando a lei prevê expressamente essa possibilidade⁷.

⁷ Cfr. artigos 65º e 179º do Código Penal.

3.0 – Procedimento

O procedimento vem especialmente regulado nos artigos 146º, al. l), 155º e 194º e sgts. da OTM, sendo um processo de jurisdição voluntária, portanto com as características já atrás referidas.

- a) Petição inicial onde se aleguem os factos e se arrole a prova (não precisa de ser articulada nem subscrita por advogado);
- b) Citação para o réu contestar, em 10 dias (artigo 195º OTM);
- c) Contestação, com a oposição e a prova (artigo 195º OTM);
- d) Despacho saneador (artigo 196º OTM);
- e) Realização de inquérito sobre a situação moral e económica das partes e demais diligências convenientes (artigo 197º OTM);
- f) Audiência de discussão e julgamento (artigo 197º OTM);
- g) Sentença (artigo 198º OTM);
- h) Recurso (que terá o efeito que o tribunal lhe fixar – artigo 159º OTM).

IV – MEIOS DE SUPRIMENTO DO PODER PATERNAL

1 – MEIOS DE SUPRIMENTOS QUANTO À PESSOA DO FILHO

1.1 – Tutela

Dispõe o artigo 124º do Código Civil que a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela.

Os menores estão obrigatoriamente sujeitos a tutela (artigo 1921º):

- a) Se os pais houverem falecido;
- b) Se estiverem inibidos do poder paternal quanto à regência da pessoa dos filhos;
- c) Se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal;
- d) Se forem incógnitos.

A tutela é exercida pelo tutor e pelo conselho de família (artigo 1924º, nº 1).

O tutor é designado pelos pais ou pelo tribunal de menores (artigos 1927º e 1928º).

Quando designado pelos pais cabe ao tribunal confirmá-lo (artigo 1925º, nº 2).

Quando houver designação por um dos pais entretanto falecido, considera-se eficaz se não for revogada pelo outro no exercício do poder paternal (artigo 1928º, nº 2).

O tutor é designado pelo tribunal se os pais o não fizeram ou, tendo-o feito, não foi confirmado (artigo 1931º, nº 1)

Antes de designar o tutor o tribunal deverá ouvir o conselho de família⁸ (e ouvir o menor se tiver 14 anos ou mais) – artigo 1931º.

Quando a designação do tutor cabe ao tribunal, deverá a tutela ser deferida de entre (artigo 1831º, nº 1):

- parentes ou afins do menor;
- pessoas que tenham estado ou estejam a cuidar do menor;
- pessoas que venham a demonstrar interesse e afeição pelo menor.

⁸ Cfr. artigo 1951º C. Civil.

A tutela respeitante a dois ou mais irmãos caberá, sempre que possível, a um só tutor (artigo 1932º).

O artigo 1933º enumera as pessoas que não pode ser tutor.

O tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais, com algumas modificações e restrições e deve exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família (artigo 1935º).

No que respeita aos bens do pupilo o tutor só os pode utilizar para o sustento e educação deste e na administração dos seus bens (artigo 1936º).

A lei enumera os actos proibidos ao tutor e que têm que ver com a alienação de património do menor na título gratuito, a celebração de contratos de onde lhe podem advir prejuízos pessoais ou patrimoniais ou a aceitação de liberalidades do pupilo (artigo 1937º).

E enumera também aqueles que ficam dependentes de autorização do tribunal (artigo 1938º):

- aqueles que os pais teriam de requerer autorização ao tribunal (artigo 1889º);
- adquirir bens, móveis ou imóveis, como aplicação de capitais do menor;
- aceitar herança, doação ou legado, ou convencionar partilha extrajudicial;
- contrair ou solver obrigações, salvo quando respeitem a alimentos do menor ou se mostrem necessárias à administração do seu património;
- intentar acções, salvo as destinadas à cobrança de prestações periódicas e aquelas cuja demora possa causar prejuízo;
- continuar a exploração de estabelecimento comercial ou industrial que o menor haja recebido por sucessão ou doação.

O tutor é responsável pela sua gerência, sendo por isso obrigado a prestar contas ao tribunal quando cessar o seu encargo, ou sempre que aquele o entenda (artigo 1944º). E se causar prejuízo, com dolo ou culpa, terá de indemnizar.

Mas também o tutor tem direito a ser abonado pelas despesas que houver feito (artigo 1946º).

O tutor pode ser exonerado (a seu pedido) ou removido (pelo tribunal) da tutela (artigos 1948º e 1950º).

A fiscalização da acção do tutor é exercida com carácter permanente por um dos vogais do conselho de família, denominado protutor. Este deve, sempre que possível, representar a linha de parentesco diversa da do tutor (artigo 1955º).

Para vigiar o modo por que são desempenhadas as funções do tutor, a lei institui um órgão designado *conselho de família* (artigo 1954º). O conselho de família é constituído por dois vogais, escolhidos entre os parentes ou afins do menor e pelo agente do Ministério Público, que preside. (artigos 1951º e 1952º).

O conselho de família é convocado por determinação do tribunal ou do Ministério Público, ou a requerimento de um dos vogais, do tutor, do administrador de bens, de qualquer parente do menor, ou do próprio menor, quando tiver mais de dezasseis anos (artigo 1957º).

A tutela termina:

- Pela maioria (salvo o disposto no artigo 131º);
- Pela emancipação (salvo o disposto no artigo 1649º);
- Pela adopção;
- Pelo termo da inibição do poder paternal;
- Pela cessação do impedimento dos pais;
- Pelo estabelecimento da maternidade ou paternidade.

1.1.1 – Procedimento para instauração da tutela

O tribunal competente é o da residência do menor (de Família ou de comarca, consoante aquele exista com competência na área ou não).

O procedimento para instauração da tutela é a acção tutelar comum. Nesta forma de processo o tribunal, para além de assegurar o contraditório e de ouvir o conselho de família, pode ordenar livremente as diligências que repute necessárias e depois profere decisão final (artigo 210º OTM e 1931º, nºs 1 e 2).

Pode haver recurso (que terá o efeito que o tribunal lhe fixar – artigo 159º OTM).

1.2 – Confiança à assistência pública

Se não houver pessoas em condições de exercer a tutela o menor é confiado à assistência pública (artigo 1962º).

Neste caso o cargo de tutor será exercido pelo director do estabelecimento público ou particular onde o menor foi acolhido, não se constituindo conselho de família nem sendo nomeado protutor (artigo 1962º).

2 – MEIOS DE SUPRIMENTO QUANTO AO PATRIMÓNIO DO FILHO

2.0 – Administração de bens

Quando os pais tenham sido apenas excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos os bens do menor ou de alguns deles; ou quando o tribunal confie a outrem, no todo ou em parte, a administração dos bens do menor, será instituído o regime da administração de bens (artigo 1922^o).

A administração de bens é exercida por um ou mais administradores e, se estiver instaurada a tutela, pelo conselho de família (artigo 1924^o, n.º 2).

São aplicáveis à administração de bens as regras da tutela, com algumas especialidades, previstas nos artigos 1968^o a 1971^o do Código Civil.

3 – O papel do Ministério Público

Sempre que o menor se encontre em situação de ser sujeito a tutela ou se verifiquem as circunstâncias determinativas da administração de bens, deve o Ministério Público promover oficiosamente a instauração da tutela ou da administração de bens (artigos 1921^o e 1923^o do C. Civil).

Esta intervenção do Ministério Público decorre, com toda a naturalidade, do seu desenho estatutário⁹ e do seu papel histórico¹⁰.

É esta qualidade que justifica também a sua inclusão não só como membro, mas na qualidade de presidente do conselho de família (artigo 1951^o).

⁹ Cfr. artigos 3^o, al. a) e 5^o al. c) do Estatuto do Ministério Público.

¹⁰ Sendo também conhecido como «o pai dos menores».

Bibliografia

CASAMENTO

- Abel Pereira Delgado**, O Divórcio, Livraria Petrony, 1980.
- Francisco Pereira Coelho & Guilherme de Oliveira**, Curso de Direito da Família, vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2003.
- J. M. Antunes Varela**, Direito da Família, 1º vol., 5ª Edição, Livraria Petrony, 1999.
- João de Castro Mendes**, O Direito da Família, AAFDL, lições ao curso jurídico 1978/1979 (policopiado).
- Jorge Lourenço Martins**, O Ónus da Prova e as Acções de Divórcio, 1991 (edição de autor).
- José António de França Pitão**, Sobre o Divórcio, Livraria Almedina, 1986.
- Miguel Teixeira de Sousa**, O Regime Jurídico do Divórcio, Livraria Almedina, 1991.

ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO

- Alberto Baltazar Coelho**, Os ónus da alegação e prova em geral e nas acções de investigação da paternidade, Colectânea de Jurisprudência, STJ, ano VII, tomo I, pág. 13 e sgts.
- António Amorim e Jorge Rocha**, A genética e a Investigação da Paternidade, Revista do Ministério Público, nº 33-34, pág. 167 e sgts.
- Carlos Lopes do Rego**, Investigação da Paternidade – Alguns Problemas de Aplicação do Direito, Revista do Ministério Público, nº 33-34, pág. 155 e sgts.
- Carlos Lopes do Rego**, comentário a acórdão do STJ, de 13/12/1984, Revista do Ministério Público, nº 27, pág. 123 e sgts.
- Eduardo dos Santos**, Direito da Família, Coimbra, 1985.
- Guilherme de Oliveira**, Estabelecimento da Filiação, Livraria Almedina, 4ª reimpressão, 1997.
- Helena Geda e Manuela Flores**, Exames de Sangue e estabelecimento da paternidade, Textos 1, 1990/1991, CEJ, pág. 151/158.
- João de Castro Mendes**, O Direito da Família, AAFDL, lições ao curso jurídico 1978/1979 (policopiado).

José Pedro Fazenda Martins e outros, Temas de Direito da Filiação, AAFDL, 1994.

M. Fátima Pinheiro, Aplicação do Estudo do DNA na Investigação Biológica da Filiação, Revista do Ministério Público, nº 66, pág. 131 e sgts.

Pereira Coelho, Curso de Direito da Família, Coimbra, 1987 (edição em folhas policopiadas)

Rui M. L. Epifânio e António H. L. Farinha, Organização Tutelar de Menores, Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família.

EFEITOS DA FILIAÇÃO

Ana Nunes de Almeida, e outros, Relações Familiares: Mudança e Diversidade, na colectânea de textos: Portugal que Modernidade, Lisboa, Celta, 1998.

Ary Elias da Costa e Carlos Oliveira Matias, Direito Tutelar, Notas e Comentários à Lei Tutelar de Menores, Porto, 1979.

Armando Leandro, Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária, Separada do Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.

Convenção Sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, a 26 de Janeiro de 1990 (aprovada para ratificação pela Resolução nº 20/90, da Assembleia da República e ratificada por Decreto do Presidente da República Português nº 49/90, de 12 de Setembro).

David Valente Borges de Pinho, Da Protecção Judiciária dos Menores e do Estado, Barbosa & Xavier Lda., 1981.

Eduardo dos Santos, Direito da Família, Coimbra, 1985.

F. M. Pereira Coelho, Curso de Direito da Família, Coimbra, 1987 (lições policopiadas)

Maria Clara SottoMayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio, Almedina, 1998.

Recomendação nº R (84) 4 Sobre Responsabilidades Parentais (adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de Fevereiro de 1984, na 367ª reunião de Delegados Ministeriais).

Rui M. L. Epifânio e António H. L. Farinha, Organização Tutelar de Menores, Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família.

Parte 2

DIREITOS DA CRIANÇA

Dr. Norberto Martins

Sub-índice

I – PROTECÇÃO LEGAL À CRIANÇA E ADOLESCENTE	103
1 – Enquadramento geral	103
2 – A Protecção da Criança e do Adolescente em Portugal	107
3 – Os direitos das Crianças nos países africanos de expressão oficial portuguesa – Breves Notas	110
II – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	116
1 – Os “não – direitos” das crianças e jovens até ao século XX. A sua coisificação enquanto pertença dos progenitores	116
2 – O caminho percorrido pela Comunidade Internacional desde a Declaração de Genebra até à Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em 1989	116
3 – Análise da Convenção enquanto texto densificador dos Direitos das Crianças. Alguns dos direitos mais relevantes	118
4 – A repercussão que a Convenção teve no direito interno português, designadamente no novo direito de Menores decorrente da entrada em vigor das Leis de Protecção e Tutelar Educativa	119
4.1 – O Superior Interesse da Criança	119
4.2 – Direito à Livre Expressão	121
5 – Os direitos que a Convenção não consagra	122
6 – Conclusão	122

I – PROTECÇÃO LEGAL À CRIANÇA E ADOLESCENTE

1 – ENQUADRAMENTO GERAL

Os direitos da criança e dos jovens são, antes de mais, direitos humanos.

Têm as características próprias das várias fases de desenvolvimento até ser atingida a idade adulta.

Mas os direitos da criança só começaram a ser verdadeiramente reconhecidos e proclamados em meados do século XX.

1.1 – A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia-geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1959, é o primeiro instrumento de Direito Internacional que encara a Criança como verdadeiro *sujeito* de direitos (anteriormente, em 1924, a Sociedade das Nações aprovou a Carta da Liga da Criança, que veio a ser conhecida como Declaração de Genebra na qual a criança é colocada como sujeito passivo de protecção).

Contém princípios relativos a direitos e liberdades para que toda a criança “tenha uma infância feliz, tanto no seu interesse, como no interesse da sociedade”. Entre eles destacam-se:

- Direito a um nome e a uma nacionalidade;
- Direito à alimentação, alojamento e cuidados médicos apropriados;
- Direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos nos níveis elementares;
- Direito a cuidados particulares se não tiver família ou não possuir os meios suficientes de existência.
- Direito á protecção especial nos cuidados pré-natais e pós-natais e a estar entre os primeiros a receber protecção e socorro.

1.2 – A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, a 26 de Novembro de 1989, foi ratificada por Portugal a 10 de Agosto de 1990 e publicada no D.R. de 12 de Setembro de 1990.

Enuncia os direitos de que a criança é titular e impõe aos Estados Partes que ratificaram a Convenção DEVERES/COMPROMISSOS para assegurarem a efectivação dos direitos consagrados.

Reconhece a criança como **sujeito de direitos civis, económicos, culturais e políticos**.

Alguns dos princípios e direitos constantes da Declaração:

- **Art. 1.º** – Nos termos da Convenção é **CRIANÇA** todo o ser humano menor de 18 anos, (excepto se atingir a maioridade mais cedo, nos termos da lei aplicável).
- **Art. 2º – PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO**

Os Estados comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos **sem discriminação** das crianças, independentemente da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou opinião da criança, dos pais ou representantes legais, da sua origem nacional, ética ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou qualquer outra situação.

- **Art. 3º – PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA**

Todas as decisões tomadas pelas autoridades, tribunais ou instituições têm **em primeiro lugar** em conta o **interesse superior da criança**.

- **Art. 6.º – DIREITO À VIDA, À SOBREVIVÊNCIA E AO DESENVOLVIMENTO**

Para a criança ter um **desenvolvimento** físico, mental, emocional, moral, social e cultural **harmonioso** (desenvolvimento de todas as capacidades da criança).

- **Art. 12º – RESPEITO PELAS OPINIÕES DA CRIANÇA E O DIREITO A SER OUVIDA**

A criança tem direito a ser ouvida e a participar nas decisões que lhe dizem respeito (PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS), de acordo com a sua idade e maturidade.

– **OUTROS DIREITOS CONSAGRADOS:**

- Direito a um nome e a uma nacionalidade – art. 7º, n.º 1;
- Direito a um nível de vida suficiente, que permita o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social – art. 27º;

- Direito a cuidados especiais para as crianças mental e fisicamente diminuídas – arts 23º;
- Direito à educação (direito ao ensino primário gratuito e obrigatória) – art. 28º;
- Direito à saúde, ao acesso à assistência médica adequada e a beneficiar da segurança social – art. 24º e 26º;
- Direito ao repouso e a brincar – art. 31º;
- Direito à liberdade de expressão, direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião – arts. 13 e 14º;
- Direito à liberdade de associação e de reunião pacífica – art. 15º, n.º 1;
- Direito à protecção contra a intromissão arbitrária ou ilegal na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou correspondência, bem como contra ofensas ilegais à sua honra e reputação – art. 16º;
- Direito a viver de acordo com a sua cultura, a praticar a sua religião e a falar a sua língua – art. 30º.
- Direito à protecção contra todas as formas de violência física ou mental, abandono, negligência, maus-tratos, exploração, incluindo a violência sexual – art. 19º e 34º.
- Direito à protecção contra a exploração económica, sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a educação, prejudicar a saúde ou o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social – art. 32º.
- Direito a conhecer os seus pais e a ser educado por estes – **Direito a uma FAMÍLIA** – art. 7º, n.º 1.
- A responsabilidade na educação das crianças cabe em primeiro lugar a ambos os pais – art. 18º, n.º 1.
- A criança não pode ser separada dos pais contra a vontade destes – art. 9º, n.º 1.

Excepto se tal for necessário, se, por exemplo:

- os pais a maltratarem,
- negligenciarem, ou
- se os pais viverem separados e uma decisão sobre o seu lugar de residência tiver de ser tomada.

No caso da criança estar separada de um ou de ambos os pais tem direito a manter *relações pessoais ou contactos regulares directos* com ambos, mesmo que vivam em países diferentes – arts. 9º, n.º 3 e 10º, n.º 2.

Excepto se for contrário ao interesse superior da criança – art. 9º, n.º 3.

A criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou que não possa ser deixada com a família tem direito a protecção e assistência especiais pelo Estado – art. 20º, n.º 1.

A protecção alternativa pode consistir na

- Colocação familiar alargada.
- Adopção.
- Colocação em instituições.

Outros compromissos dos Estados Partes

- Proibição da submissão à tortura e a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – art. 37º, a).
- Proibição da pena de morte e da prisão perpétua – art. 37º, a).
- Proibição da incorporação nas forças armadas e na participação directa de crianças, como menos de 15 anos, em conflitos armados – art. 38º, n.º 2 e n.º 3.

– ***A CRIANÇA E A COMUNICAÇÃO SOCIAL – art. 17º***

Os Estados devem:

- Encorajar os órgãos de comunicação social a difundir documentos com utilidade social e cultural para a criança;
- Encorajar a produção e difusão de livros para crianças; e
- Favorecer a elaboração de princípios orientadores adequados à protecção da criança contra a informação e documentos prejudiciais ao seu bem-estar

– ***PROTOCOLOS FACULTATIVOS À CONVENÇÃO***

- Protocolo facultativo relativo ao envolvimento das crianças em conflitos armados, adoptado pela Assembleia-geral das Nações Unidas a 25.05.2000, assinado por Portugal a 6.07.2000.
- Protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, adoptado pela Assembleia das Nações Unidas a 25.05.2000, assinado por Portugal a 6.07.2000, ratificado por despacho do Presidente da República a 10.02.2003 e publicado no D.R. de 5.03.2003.

2 – A PROTECÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM PORTUGAL

Na constituição da República Portuguesa, no Código Civil e na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

A criança tem

- direitos comuns aos direitos dos adultos.
- e
- direitos próprios da sua qualidade de criança, necessários a um correcto desenvolvimento (físico, psicológico, afectivo, social e cultural).

Princípio da Igualdade – art. 13º, da C.R.P

- Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei – n.º 1.
- “Ninguém pode ser ... privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” – n.º 2.

O art. 69.º obriga o Estado a tomar todas as providências ao normal desenvolvimento das crianças, protegendo-as de todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

2.1 – Os pais e os FILHOS

A família é um elemento fundamental da sociedade e que, no dizer do artigo 67.º, da CRP, tem direito a protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

- Os filhos até aos 18 anos são menores e, por isso, estão sujeitos ao poder paternal, excepto se casarem antes (apenas a partir dos 16 anos).
- O pai e a mãe, casados ou não entre si, têm os mesmos direitos e deveres com a manutenção e educação dos filhos – art. 36º, n.º 3, da C.R.P.
- Os **pais** têm, pois, deveres para com os filhos.

- Compete aos pais velar pela sua segurança, saúde, sustentá-los, dirigir a sua educação e administrar os seus bens.
- Compete aos pais promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, proporcionar a adequada instrução geral e profissional de acordo com as suas aptidões e inclinações.
- Compete ainda aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos até aos 16 anos.
- Os pais devem ouvir os filhos sobre os assuntos familiares importantes e ter em conta a sua opinião de acordo com a maturidade.
- Os pais não podem sem justificação válida impedir os filhos de conviverem com os avós ou com os outros irmãos.
- Mesmo depois dos 18 anos ou se forem emancipados, os pais são obrigados a pagar as despesas dos filhos necessárias à segurança, saúde e educação enquanto estiverem a estudar – durante o tempo normalmente necessário para a formação profissional – art. 1880º, do C. Civil.
- Mas os pais não estão obrigados a sustentar os filhos, caso estes possam pagar as suas despesas com o salário, se já estiverem a trabalhar ou tiverem rendimentos – art. 1879º, do C. Civil.
- Os pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.
- Os filhos menores devem obediência aos pais.
- Os filhos menores não podem abandonar a casa dos pais ou aquela que estes lhe destinaram contra a vontade destes.

Mas os filhos podem ser separados dos pais, quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e *sempre mediante decisão do juiz* – art. 36º, n.º 6 da CRP

- **Situações de perigo** – art. 3º, da L.P.C.J.P.:

As crianças e os jovens encontram-se em situação de perigo quando:

- os pais, o representante legal ou quem tem a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento ou, quando
- esse perigo resulte de acção ou de omissão da própria criança ou jovem ou de terceiros e os pais não consigam remover a situação.

A criança está em perigo quando, designadamente:

- está abandonada ou entregue a si própria;
- sofre maus tratos físicos ou psíquicos;
- é vítima de abusos sexuais;
- não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação;
- assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento, sem que os pais consigam por fim à situação.

– INTERVENÇÃO NAS SITUAÇÕES DE PERIGO

Quando ocorra uma situação de perigo é necessária uma intervenção capaz de remover o perigo e assegurar a promoção dos direitos da criança, que deve ser protagonizada, sucessivamente (princípio da subsidiariedade) por:

1. **Entidades com competência em matéria de infância e juventude** (escolas, hospitais, polícias, segurança social, associações, etc.)

A intervenção é feita de modo consensual – Acordo com os pais, com os representantes legais ou com quem tem a guarda de facto.

2. **Comissões de Protecção de Crianças e Jovens;** e
3. **Tribunais.**

Comissões de Protecção de Crianças e Jovens são instituições oficiais não judiciárias, com autonomia.

- Compostas por representantes de várias entidades – representante da Câmara Municipal, da Junta de Freguesia, da segurança social, da área da educação, da área da saúde, das forças policiais, etc.
- Só podem intervir se tiverem o consentimento dos pais, do representante legal ou da pessoa que tiver a guarda de facto da criança ou jovem.
- É necessário a não oposição da criança e jovem, com idade igual ou superior a 12 anos.
- Podem aplicar todas as medidas de promoção e protecção (cfr. Art. 35.º, n.º1 da LPP), com excepção da de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista à adopção) mas sempre por acordo.

Ministério Público

Se não houver acordo para a aplicação das medidas ou se forem retirados os consentimentos a Comissão de Protecção comunica ao Ministério Público, que requererá a instauração do respectivo processo judicial de protecção

O M. P. fiscaliza a actividade das Comissões, representa os menores nos processos e propõe as acções tutelares cíveis adequadas à defesa dos direitos das crianças e dos jovens.

No tribunal as medidas de promoção e protecção podem ser aplicada por acordo ou Sentença, neste caso após a realização do debate judicial no qual intervêm dois juízes sociais.

Medidas de Promoção e Protecção

- Apoio juntos dos pais;
- Apoio junto de outro familiar;
- Confiança a pessoa idónea;
- Apoio para a autonomia de vida;
- Acolhimento Familiar;
- Acolhimento em instituição; e
- Confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista à futura adopção.

3 – OS DIREITOS DAS CRIANÇAS NOS PAÍSES AFRICANOS DE EXPRESSÃO OFICIAL PORTUGUESA – *Breves Notas*

3.1 – Protecção das Crianças no Direito Angolano

- O art. 29.º da Lei Constitucional de Angola consagra o princípio de que o Estado deve proteger a família quer se funde no casamento quer se funde na união de facto
- O art.º 30.º contempla a protecção da Criança
- Os arts. 29º, n.º 3 e 31º obrigam o Estado à educação da criança e à criação de condições para efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais da juventude
- Nos arts. 30º, n.2 e 31º proclama-se o direito à igualdade dos membros da família, incluindo as crianças

– **CÓDIGO DA FAMÍLIA: (Princípios Fundamentais)**

• **Art.4º C F**

“As crianças merecem especial atenção no seio da família, à qual cabe, em colaboração com o Estado, assegurar-lhes a mais ampla protecção e igualdade para que elas atinjam o seu integral desenvolvimento físico e psíquico e, no esforço da sua educação, reforcem os laços entre a família e a sociedade”.

• **Art.108.º CF**

Na sentença que decreta o divórcio o Tribunal, se tal lhe tiver sido pedido, decidirá sobre os termos em que deve ser exercido o poder paternal, tendo em conta o *interesse* dos menores e a melhor garantia da sua educação e desenvolvimento.

• **Art.109.º CF**

O acordo sujeito a homologação do Tribunal, que terá em conta *os interesses* do menor e a melhor garantia da sua educação e desenvolvimento.

No mesmo sentido vai o disposto no art. 148.º do CF.

• **Art.127.º, n.º 2 CF**

“os deveres e direitos paternais devem ser exercidos no *interesse e benefício* dos filhos e da sociedade”.

• **Art.129.º, n.º 2 CF**

“o exercício dos direitos dos filhos menores deve ser especialmente protegido por lei”.

• **Art.130.º, n.º 1 CF**

“a autoridade paternal deverá ser exercida por ambos os pais, que devem contribuir para a criação, instrução, formação e educação dos filhos”.

• **Art.133.º CF**

Direito ao nome e aos apelidos dos progenitores.

• **Art.135.º C F**

Incumbe aos pais a guarda, vigilância e o sustento dos filhos menores, bem como cuidados inerentes á sua saúde e educação

- **Art.137.º CF**

Embora se consagre o princípio de que os filhos devem obediência aos pais, o n.º 2 contempla o direito à palavra dos menores, devendo, considerando o seu desenvolvimento, ser consideradas a sua personalidade e vontade.

- **Art. 140.º C F**

As decisões dos pais que contrariem os interesses dos filhos, podem ser objecto de alteração pelo tribunal, a requerimento do Ministério Público

- **Art. 151.º C F**

Quando os pais não forem idóneos para o exercício do poder paternal, ou quando puserem em perigo a segurança física ou moral do menor, pode o Tribunal atribuir o seu exercício a terceira pessoa ou entregá-lo a estabelecimento de assistência.

- **O Art.º 158.º, n.º 3** consagra expressamente o **direito à audição** das crianças, contemplado no art. 12.º da CDC, impondo que o menor que tenha completado 10 anos tem o direito a ser ouvido sobre as causas que lhe disserem respeito.

À semelhança do que se passa no direito português, também o ordenamento jurídico angolano (arts. 197.º e sgs. do CF) consagra o Instituto da **Adopção**, aliás de harmonia com os comandos dos artigos 20.º e 21.º da CDC.

O mesmo acontece com o estabelecimento da **Tutela** (arts.220.º e sgs. do CF), revestindo carácter oficioso nas situações referidas no art.º222.º – cfr. art. 229.º, ambos do CF.

3.2 – Protecção de Crianças no Direito Moçambicano

A Constituição da República:

- **Art. 47.º**

- 1 – As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem estar.
- 2 – As crianças podem exprimir livremente a sua opinião, nos assuntos que lhe dizem respeito, em função da sua idade e maturidade
- 3 – Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por entidades privadas, têm principalmente em conta o **interesse superior** da criança

Outras normas constitucionais com relevância para os direitos da criança:

- Art. 88º Direito à educação
- Art. 90º Direito ao ambiente
- Art. 119º A família
- Art. 120º Relevância da maternidade e paternidade

Especial relevância merece o disposto no Art. 121º:

- 1 – Todas as crianças têm direito à protecção da família, da sociedade e do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento integral
- 2 – As crianças, particularmente as órfãs, as portadoras de deficiência e as abandonadas, têm direito à protecção da família, da sociedade e do Estado contra qualquer forma de discriminação, maus tratos e contra o exercício abusivo da autoridade da família e nas demais instituições
- 3 – As crianças não podem ser discriminadas, designadamente em razão do seu nascimento nem sujeitas a maus-tratos

Aprovada pela Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto, está em vigor desde Fevereiro de 2005, a Lei de Família, que revogou o Livro IV do Código Civil, na qual, ao longo dos seus 431 artigos, estão regulados, entre outros, os Institutos do casamento, do estabelecimento da filiação, da regulação do exercício do poder paternal e da adopção, não se afastando, no essencial, do disposto nas leis angolanas e portuguesas.

3.3 – Protecção de Crianças no Direito De Cabo Verde

Normas da Constituição cabo-verdiana com relevo:

- Art. 46º, designadamente o disposto no n.º 4 (proibição da separação dos filhos de dos pais, a não ser que...).
- Art. 73º, direitos das crianças:
 - 1 – Todas as crianças têm direito à protecção da família, da sociedade e dos poderes públicos, com vista ao seu desenvolvimento integral
 - 2 – As crianças têm direito a especial protecção em caso de doença, orfandade, abandono e privação de um ambiente familiar equilibrado
 - 3 – As crianças têm ainda direito a especial protecção contra.
 - a) Qualquer forma de discriminação ou opressão
 - b) O exercício abusivo da autoridade na família e demais instituições a que estejam confiadas
 - c) A exploração do trabalho infantil
 - d) O abuso e exploração sexual

- 4 – É proibido o trabalho infantil.
- 5 – A lei define os casos e condições em que pode ser autorizado o trabalho de menores.
- 6 – A lei pune especialmente como crimes graves o abuso e exploração sexuais e o tráfico de crianças.
- 7 – A lei pune, igualmente, como crimes graves as sevícias e os demais actos susceptíveis de afectar gravemente física e psicológica das crianças.

Merecem ainda destaque as normas constitucionais dos artigos:

- 74º Direitos dos jovens.
- 77º Direito à educação.
- 81º Família.
- 88º Maternidade e paternidade.
- 89º Infância.

3.4 – Protecção de Crianças no Direito da *Guiné - Bissau*

Constituição da República

- Artº 24º Consagra o princípio da igualdade e não discriminação com base na raça, sexo e condição social
- Artº 26º Consagra o direito à constituição de família e à sua protecção, não podendo os filhos ser discriminados pelo facto de os pais não estarem unidos pelo casamento
- Art.º 49º Todos têm direito e o dever à educação

3.5 – Protecção de Crianças no Direito de *S. Tomé e Príncipe*

- **Art. 26º** da CRSTP:
 - 1 – Todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade
 - ...
 - 5 – Os pais têm o direito e o dever de educação e de manutenção dos filhos
- **Art. 51º** da CRSTP

A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado

- **Art. 52º da CRSTP**

As crianças têm direito ao respeito e à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral

- **Art. 53º da CRSTP**

– Os jovens, sobretudo os trabalhadores, gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais

II – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

1 – OS “NÃO – DIREITOS” DAS CRIANÇAS E JOVENS ATÉ AO SÉCULO XX. A SUA COISIFICAÇÃO ENQUANTO PERTENÇA DOS PROGENITORES

Até ao século XX, justamente chamado de “Século dos Direitos das Crianças”, os menores foram sempre olhados e sentidos pela sociedade e pelos Estados exactamente como tal: *menores*, isto é, o que é menos, inferior. Pertença dos pais, objectos de direitos destes, as crianças não eram verdadeiros cidadãos, coisificadas que estavam na disposição de quem as gerava.

Na literatura relata-se, com referência ao ano de 1874, o caso de Mary Ellen, nos EUA, como o primeiro de protecção de uma criança maltratada: Mary Ellen era uma criança de 9 anos que foi descoberta enclausurada na sua casa, amarrada, com malnutrição severa e óbvios sinais de agressão física. Este caso foi resolvido pela Associação Americana para a Prevenção da Crueldade contra os Animais, que se baseou no argumento de que a criança também faz parte do reino animal... Na altura não existia nenhuma associação de apoio e protecção à criança e tinham falhado os apelos que haviam sido feitos à polícia, a entidades judiciais e a instituições de caridade.

De resto, a um outro nível, também na literatura portuguesa, anterior ao século XX, encontramos deliciosos trechos, do ponto de vista literário, que nos transportam para esta realidade, bastando para tanto relembrar a “Tecedeira de Anjos”, magistralmente descrita por Eça de Queiroz no “Crime do Padre Amaro”, ou a alusão á «Roda dos Expostos» feita por Aquilino Ribeiro na sua obra “Príncipes de Portugal, suas Grandezas e Misérias”.

2 – O CAMINHO PERCORRIDO PELA COMUNIDADE INTERNACIONAL DESDE A DECLARAÇÃO DE GENEBRA ATÉ Á CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, APROVADA EM 1989

Com o dealbar do século XX nas instâncias internacionais os direitos das crianças começaram a ser objecto de preocupação.

Porém, até à primeira metade daquele século, foram surgindo apenas declarações de carácter não vinculativo, que assentavam no facto de as crianças necessitarem de uma protecção e cuidados especiais.

A primeira referência a *direitos da criança* num instrumento jurídico internacional remonta a **1924**, data em que a Assembleia da Sociedade das Nações adoptou uma resolução endossando para a 1ª Declaração dos Direitos da Criança promulgada no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Protecção à Infância, uma ONG. Nos termos do documento, que ficou conhecido como a **Declaração de Genebra**, os membros da Sociedade das Nações são chamados a guiar-se pelos seus princípios. Aí reconhece-se que a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família, e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente.

Em **1948** foi aprovada a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, primeiro instrumento internacional que consagra não só direitos civis e políticos, como de natureza económica, social e cultural, de que são titulares todos os seres humanos, aqui se incluindo as crianças. O art.25º, n.º 2 desta Convenção afirma que *“a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social”*.

Em *20 de Novembro de 1959* foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a **Declaração dos Direitos da Criança**, espécie de pedra angular de todo o edifício supra nacional dos direitos das crianças, à qual, como salienta Gustavo Ferraz de Campos Mónico, *“se pode reconduzir cada um dos direitos e deveres reconhecidos ou garantidos pela sociedade internacional”*¹.

Aí se considerou que *“a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes, como depois do nascimento”*.

Segundo a *Base II* desta *Declaração*, a criança deve beneficiar de protecção especial a fim de se poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, e, na adopção de leis para este fim, o *interesse superior* da criança deve ser a consideração determinante.

Volidos dez anos sobre o Ano Internacional da Criança (1979), em *20 de Novembro de 1989* foi adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, vindo a ser assinada em Nova Iorque em 26 de

¹ Gustavo Ferraz de Campos Mónico, in *“A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais”* - *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, (p.21).

Janeiro de 1990 e ratificada por Portugal em 12 de Setembro de 1990. O nosso país foi um dos primeiros a ratificar a Convenção, actualmente adoptada por 192 países, (um dos últimos foi Timor Leste), persistindo a Somália e os Estados Unidos da América em não ratificarem tal instrumento².

3 – ANÁLISE DA CONVENÇÃO ENQUANTO TEXTO DENSIFICADOR DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. ALGUNS DOS DIREITOS MAIS RELEVANTES

A Convenção representou a viragem na concepção dos direitos da criança, ao reconhecê-la como sujeito autónomo de direitos e ao encarar a família como suporte afectivo, educacional e socializador essencial.

Como se pode ler no Preâmbulo da Convenção, a família, elemento natural e fundamental da sociedade, e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade. Traço fundamental da Convenção é a consagração de que todas as decisões relativas às crianças terão de considerar o seu *interesse superior* (“todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança” - n.1, do artigo 3.º).

Para além deste normativo, encontramos na Convenção vários artigos que reforçam esta ideia força. Vejam-se os arts.9º, n.º1, 18º, n.º1, 20º, n.º1, 21º, 27º, al.c) e 40º, n.º2, iii).

Por outro lado, a consagração do direito da criança, com capacidade de discernimento, de *exprimir livremente a sua opinião* sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade (art.12º, n.º1).

Ademais, a Convenção impõe a obrigação dos Estados Partes adoptarem as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à *protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual*, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer pessoa a cuja guarda haja sido confiada – art.19º, n.º1.

² Catarina Albuquerque, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *Documentação e Direito Comparado* vls.83-84 p.36.

Outras áreas: não discriminação (art.2º), direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (art.6º), direito a um nome e a uma nacionalidade, desde o nascimento (art.7º - veja-se, entre nós, o diploma recentemente publicado que prevê o registo da criança a partir da maternidade), não separação dos pais, salvo quando esta se mostrar necessária à luz do interesse superior da criança (art.9º), protecção contra a deslocação e a retenção ilícitas no estrangeiro (art.11º), direito à liberdade de expressão (art.13º), direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art.13º), direito à liberdade de associação e de reunião pacífica (art.15º), direito à privacidade na família, no domicílio e na correspondência (art.16º), responsabilização de ambos os pais, em comum, na educação e no desenvolvimento da criança (art.18º), direito à protecção e assistência especiais por parte do Estado quando temporária ou definitivamente de ambiente familiar (art.20º), reconhecimento do interesse superior da criança como o critério primordial no instituto da adopção (art.21º), reconhecimento do estatuto de refugiado à criança (art.22º), direito das crianças com deficiências a tratamento, educação e cuidados especiais (art.23º), direito da criança a gozar o melhor estado de saúde possível (art.24º), direito a beneficiar da segurança social (art.26º), direito a um nível de vida suficiente, de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social (art.27º, n.º 1), direito à educação (arts.28º e 29º), protecção das minorias e das populações indígenas (art.30º), direito ao repouso e aos tempos livres (art.30º), protecção contra a exploração económica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou nocivos (art.32º), protecção contra o consumo ilícito de estupefacientes (art.33º), protecção contra a exploração e a violência sexuais (art.34º), protecção contra o rapto, a venda ou o tráfico de crianças (art.35º), protecção contra qualquer forma de exploração (art.36º), garantias penais e de processo penal (arts.38º e 40º).

4 – A REPERCUSSÃO QUE A CONVENÇÃO TEVE NO DIREITO INTERNO PORTUGUÊS, DESIGNADAMENTE NO NOVO DIREITO DE MENORES DECORRENTE DA ENTRADA EM VIGOR DAS LEIS DE PROTECÇÃO E TUTELAR EDUCATIVA

Pela sua importância e pelo pioneirismo que revestiu a sua consagração na Convenção, passaremos a abordar de forma mais detalhada dois dos direitos ali vertidos, a saber, o do Superior Interesse da Criança e o seu Direito à Livre Expressão sobre as questões que lhe respeitem.

4.1 – O Superior Interesse da Criança

“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança” – Art. 3º.

A tal propósito afirma Armando Leandro: “De salientar a ênfase que a Convenção atribui ao superior interesse da criança como critério prevaemente nas decisões que lhe respeitam. Trata-se de um conceito indeterminado para cuja correcta interpretação têm de convergir – num percurso exigente e constantemente actualizado e numa postura de interdisciplinaridade e interinstitucionalidade assumida e responsável – considerações complexas de vária ordem, nem sempre de sinal idêntico, de natureza ética, científica, técnica e cultural. É fonte cultural do desenvolvimento constante dos direitos da criança, na sua concepção e na sua realização prática”³.

Este interesse prende-se com uma série de factores atinentes à situação concreta da criança que devem ser ponderados à luz do sistema de referências que hoje vigora na nossa sociedade, sobre as necessidades do menor, as condições materiais, sociais, morais e psicológicas adequadas ao seu desenvolvimento estável e equilibrado e ao seu bem estar material e moral (Rui Epifânio, António Farinha, OTM, *Contributo para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, 1987, págs.326-327).

O conceito de Superior Interesse da Criança está presente, a partir da Convenção, em todo o edifício legislativo português, a começar pelo Código Civil e a terminar nas novas Leis de Protecção de Crianças e Jovens e Lei Tutelar Educativa, aprovadas pelas Leis 147/99, de 1 de Setembro e 166/99, de 14 de Setembro, respectivamente.

Assim, no art. 4.º da Lei 147/99, onde estão definidos os princípios orientadores da intervenção, logo se assinala na alínea a) que: “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem”.

Por sua vez, escreve-se no n.º 3 do art. 6º da Lei Tutelar Educativa que “ a escolha da medida tutelar aplicável é orientada pelo interesse do menor”.

A definição do que é o interesse do menor não se alcança senão em cada caso concreto (há tantos interesses da criança como crianças), pois trata-se de um conceito indeterminado que carece de um preenchimento valorativo, envolvendo uma multiplicidade de factores cuja avaliação e ponderação é uma tarefa complexa e difícil⁴.

³ Armando Leandro, “Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitação, *Temas de Direito de Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Livraria Almedina, p. 116.

⁴ Maria Clara Sottomayor, *Exercício Do Poder Paternal Relativamente À Pessoa Do Filho Após O Divórcio Ou A Separação Judicial De Pessoas E Bens*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, 1985, p.136.

Considerada a complexidade do conceito, importa convocar na análise concreta de cada caso os diversos saberes, fazendo-se um apelo às ciências sociais. “ A dimensão interdisciplinar de interesse da criança postula, portanto, a assistência da psicologia e em geral de todas as ciências humanas para o preenchimento do seu conteúdo...”⁵.

4.2 – Direito à Livre Expressão

Consagra o art. 12.º da Convenção que os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe dizem respeito, assegurando-se à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja por si seja através de representante.

Este posicionamento vertido no texto Convencional não é mais que a consagração do direito à palavra, ou seja, permite-se que a criança ou jovem, considerando o seu grau de maturidade e a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, possa pronunciar-se sobre o seu destino, participando nas decisões que lhe dizem respeito. No mesmo sentido, afirma-se na exposição de motivos da Lei 147/99 “ as crianças e os jovens são actores sociais, cuja protecção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais”.

Assim, quer naquela lei 147/99, quer na Lei tutelar Educativa são inúmeras as disposições que obrigam os operadores judiciários, Magistrados do Ministério Público e Juizes, bem como as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, nas situações em que a intervenção Administrativa está contemplada, a ouvirem as crianças e os jovens, sendo certo que tal audição é obrigatória tratando-se de criança com mais de 12 anos. Aliás, a intervenção das Comissões de Protecção só pode ocorrer relativamente a crianças com esta idade ou superior, se estas não se opuserem (cfr. art.10º, n.º 1, da L 147/99).

As novas leis do Direito dos Menores, estas a que nos vimos referindo, acolheram de forma clara e sem timidez os direitos das Crianças definidos na Convenção, consagrando mesmo direitos aqui não vertidos.

Assim, o art. 90º da Lei de Protecção criminaliza a actuação dos órgãos de comunicação social sempre que divulguem situações de crianças e jovens em perigo que permitam a sua identificação ou que transmitam elementos, sons ou imagens que facilitem essa identificação.

⁵ Maria Clara Sottomayor. *Ob. Cit.*, p.74.

5 – OS DIREITOS QUE A CONVENÇÃO NÃO CONSAGRA

É verdade que a Convenção não consagra alguns direitos que a sociedade actual tem como relevantes, designadamente os que se prendem com as questões ambientais e os decorrentes da orientação sexual. Porém, não podemos esquecer que o texto convencional foi redigido há mais de 15 anos e que essas não eram preocupações dominantes no tempo da sua elaboração, pelo que se espera que novos documentos de direito internacional possam vir de encontro a estas preocupações.

A tal propósito tenha-se em consideração que só muito recentemente (Julho de 2004) a Constituição portuguesa consagrou no seu art. 13.º a orientação sexual como factor não discriminatório.

6 – CONCLUSÃO

A aprovação da Convenção dos Direitos da Criança foi um marco fundamental na afirmação dos direitos das crianças e jovens, verdadeiro passo civilizacional na consolidação da sua cidadania.

Os direitos nela contemplados, embora se mantenham absolutamente válidos, carecem de ser alargados a realidades actuais.

As especificidades próprias das crianças, indivíduos em formação, exigem da família, do Estado e da sociedade um dever de protecção com vista ao seu desenvolvimento integral e á sua autodeterminação.

Os Estados que ratificaram a Convenção, designadamente o Estado português, devem adoptar as políticas necessárias à realização dos direitos reconhecidos na Convenção, sendo que no caso de direitos económicos, sociais e culturais, devem adoptar essas políticas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional (cfr. art.º 4º).

