

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da
Família

Ano 17 - n.º 34 - 2020
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família





FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Geraldo Rocha Ribeiro

Centro de Direito da Família da FDUC

Paula Távora Vítor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Rosa Cândido Martins

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)

Telf. / Fax: 239 821043

cdf@fd.uc.pt

www.centrodedireitodafamilia.org

Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Lex Famíliae

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 17 — n.º 34 — Julho a Dezembro 2020

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Dépósito Legal: 209 492/2004

ANOTADA NA ERC

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

Sumário

Doutrina

	Págs.		Págs.
Guilherme de Oliveira		Thais N. Cesa e Silva	
<i>Novas manifestações da vontade no casamento e na parentalidade.....</i>	5	<i>O convívio familiar do maior acompanhado: desenvolvimento da personalidade e a resposta do instituto da alienação parental</i>	93
João Paulo Remédio Marques		Daniel Morais	
<i>O regime de bens e o exercício de direitos sociais relativamente a quota de sociedade comercial – em particular a legitimidade para requerer inquérito judicial por parte do (ex) cônjuge de sócio</i>	25	<i>Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória – a herança ex re certa: o legado por conta da quota</i>	103
Rossana Martingo Cruz		Recensão	
<i>O encarregado de educação: algumas notas a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de novembro de 2016 [Proc. n.º 389/14.4TMMAR.E1]</i>	57	Paula Távora Vítor	
Gabriela Cruz Amato Teixeira		<i>“La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes”, de Adrián Arrébola Blanco, Reus, Madrid, 2019.....</i>	135
<i>A vinculação das decisões administrativas aos princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente</i>	71	Estatuto Editorial da Lex Familiae	137

NOVAS MANIFESTAÇÕES DA VONTADE NO CASAMENTO E NA PARENTALIDADE

Guilherme de Oliveira

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *Depois uma época longa e tradicional em que o casamento era a única opção para uma convivência “legítima” e a parentalidade (ao menos a partir de 1977) assentou na verdade biológica, a vontade dos cidadãos passou a ter maior relevância, tanto no que diz respeito ao vínculo de convivência, quanto no que toca à constituição de vínculos de parentalidade.*

Palavras-chave: *Casamento; união de facto; efeitos do casamento; divórcio; parentalidade; biologismo; vontade; parentalidade socioafetiva*

Abstract: *Traditionally, marriage has been the only way to maintain a legitimate relationship; and parentage (at least since 1977) has been grounded in a biological bond. Nowadays, citizens free will became able to alter the social and legal terms of intimacy, and biology is no longer the exclusive criterion to ground legal bonds of parentage.*

Keywords: *Marriage; cohabitation; marriage legal effects; divorce; parentage; biologism; free will; sociological/affective parentage*

Parte 1 — Novas influências da vontade no casamento

A. Optar entre casamento e união de facto

Talvez seja exagero dizer que há uma opção entre o casamento e a união de facto, em muitos países; e seguramente não há opção em Portugal. Na verdade, para se dizer com rigor que os interessados poderiam fazer uma escolha, seria necessário que os regimes legais em alternativa fossem iguais ou muito parecidos — por vezes usa-se a expressão “casamento A e casamento B”. Ora, o que se encontra é uma variedade de regimes da união de

facto que vão de uma quase ausência de efeitos até à equiparação (rara) com o casamento; sendo que talvez a maioria se encontre a meio do caminho, reconhecendo mais efeitos jurídicos do que em Portugal, mas ainda mantendo uma distinção clara relativamente ao casamento, e exija uma formalização através de um registo.

Porém, a verdade é que há um número crescente de casais que evitam o casamento e preferem a união de facto, movidos, certamente, pela ausência de certos constrangimentos tradicionais do regime matrimonial e pela facilidade de dissolução da união. E este facto mostra diferenças relativamente ao que se passava antigamente. Quero dizer que, há várias dezenas de anos, conforme os países, quem queria estabelecer uma convivência íntima e duradoura tinha apenas disponível a via do casamento; a união informal, mais do que não ter eficácia jurídica — sequer uma eficácia protetiva nas situações de crise — era socialmente mal vista.

Hoje, tendencialmente, os sistemas jurídicos acompanham a tolerância social em relação ao fenómeno e acrescentam lentamente o corpo de normas que se referem à união de facto, ainda que mantenham distâncias relativamente ao matrimónio. Pelo menos nesta medida, os interessados no estabelecimento de uma convivência íntima e duradoura já podem optar entre um estatuto e outro, de acordo com a sua vontade.

B. Converter a união de facto em um casamento, e vice-versa

Ao lado da opção inicial que referi, a jurisprudência começa a mostrar casos em que os conviventes transitam, com grande liberdade, entre o estado de casado e o estado de união de facto, e vice-versa.

No processo n.º 306/19.5T8PRD.P1, terminado em 25 de junho de 2019, no Tribunal da Relação do Porto, duas pessoas casadas catolicamente pediram o divórcio por mútuo consentimento, apresentando os acordos apropriados, com exceção do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais. A ausência deste acordo fundamentou-se na circunstância de os pais tencionarem continuar a viver em conjunto, na mesma casa, com a filha menor. O ministério público deu parecer desfavorável à homologação dos acordos e ao prosseguimento da causa, não só porque faltava o acordo essencial para a sua apreciação, mas também porque, no seu juízo, as partes “certamente” visavam algum objetivo patrimonial não confessado e estavam a fazer um uso fraudulento do processo.

O caso foi remetido para o tribunal, onde o juiz aceitou a argumentação dos cônjuges e decretou o divórcio; o ministério público recorreu para a Relação do Porto.

O Tribunal da Relação do Porto aceitou a decisão anterior. Baseado na verificação das alterações sofridas pelo casamento e pelo divórcio, e encarando pacificamente o novo estatuto crescente da união de facto, afirmou que: “... se duas pessoas que vivem em união de facto têm toda a liberdade para a qualquer momento converter o seu relacionamento afetivo em casamento, porque não conceder a possibilidade inversa a quem esteja casado de transformar o seu relacionamento afetivo em mera união de facto, desconstruindo-o, e re-

correndo para tal efeito à figura do divórcio por mútuo consentimento”. Por outro lado, quanto à regulação das responsabilidades parentais, afirmou também que “... se os progenitores continuam a viver na mesma casa em união de facto e economia comum não há necessidade de proceder a tal regulação”. E quanto à suspeita formulada pelo ministério público sobre a eventualidade de os interessados estarem a fazer um uso fraudulento do processo, o Tribunal da Relação recordou, em primeiro lugar, que “... as partes não são obrigadas a revelar o motivo que as levou ao divórcio” e, em segundo lugar, que “... [os] propósitos patrimoniais que o Min. Público imputa às partes eles não passam de meras conjecturas, sem qualquer indício de comprovação”.

O divórcio foi decretado por mútuo consentimento, os interessados não interromperam a vida em comum e passaram a viver em união de facto.

No proc. n.º 01782/17.6BEPRT, terminado em 9 de julho de 2020, no Supremo Tribunal Administrativo, pedia-se o pagamento de uma pensão de sobrevivência. A autora esteve casada durante vários anos com o beneficiário, divorciou-se deste por mútuo consentimento em 25 de fevereiro de 2015, continuou a viver com o beneficiário, sem interrupção, até à morte dele, em 31 de outubro de 2016. A questão principal que se discutiu foi a de saber se podia reconhecer-se efeitos a uma união de facto que — alegadamente — tinha durado menos de dois anos; ou se podia somar-se ao tempo da união de facto todo o tempo anterior do casamento entre as mesmas pessoas. O STA concluiu, em resumo, que o tempo da união de facto devia somar-se ao tempo anterior que resultava até de “uma situação jurídica bem mais forte do que a união de facto”; que esta soma mostrava a estabilidade da união, pressuposto da pensão de sobrevivência; e atribuiu a pensão requerida.

O que importa, neste momento, é que o STA encarou a transição entre os dois estatutos com plena tranquilidade^{1 2}.

C. Afastar efeitos do casamento

A tradicional imposição de deveres aos cônjuges tem sofrido uma grande erosão, sobretudo no momento em que se alega uma falta de cumprimento desses deveres — seja para fundamentar uma pretensão de divórcio baseado na culpa (hoje em desuso progressivo, e mesmo eliminada em Portugal), seja para requerer uma indemnização por incumprimento culposo (hoje excluída em alguns sistemas jurídicos). Mas a questão que agora me interessa é anterior às que mencionei: é a questão de saber se os nubentes, ou os cônjuges, podem afastar liminarmente alguma das obrigações que se encontrem expressas na lei, ou possam estar implícitas num dever geral de manter uma comunhão de vida.

a) A hipótese de se afastar diretamente algum dos deveres concretos e expressos é, como se compreende, altamente duvidosa do ponto de vista da sua legalidade; outra coisa diferente será adotar uma prática contrária à lei com a previsão de, num futuro de crise, evitar as reações desfavoráveis, confiando no abrandamento da coerção associada aos comandos tradicionais.

¹ Quanto a outros problemas que o acórdão suscita, veja-se a excelente anotação de Francisco Manuel de Brito Pereira COELHO, *União de facto subsequente ao divórcio. Divórcio simulado*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 150.º, n.º 4024, set-out, 2020, p. 25-48.

² Vem a propósito recordar que, em face da questão jurisprudencial de saber se o tempo de facto anterior ao casamento entre as mesmas pessoas podia somar-se para o efeito de contabilizar os 4 anos necessários à capacidade para a adotar, a lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, confirmou a legitimidade dessa soma dos tempos (cfr. o art. 1979.º, n.º 6). E certamente que a estabilidade que se procura não deixa de se verificar se o movimento for ao contrário — se os candidatos casados tiverem passado a viver em união de facto.

Pode admitir-se como mais verosímil estabelecer ou praticar a omissão de um comportamento que tradicionalmente coubesse na vivência matrimonial, sempre que o sistema jurídico aceite a densificação progressiva e variável de um conceito amplo de “comunhão matrimonial” (p. ex., § 1353, n.º 1, BGB e arts. 215, n.º 1 e 108, n.º 1, CCiv fr). Foi assim que os tribunais alemães já discutiram (seriamente) se um marido poderia manter uma outra mulher dentro da morada da família. Estava em causa a possibilidade de afastar a “exclusividade” da vida matrimonial; os tribunais decidiram que a presença de uma segunda mulher violava o dever de coabitação exclusiva³. E foi certamente por uma razão semelhante que o código civil francês substituiu a antiga expressão “dever de coabitação” pela expressão atual de “comunidade de vida”, em 1975⁴.

Finalmente, dou nota de um movimento já qualificado como *Living Apart Together* (LAT) que exprime a realidade de duas pessoas viverem em grande proximidade e intimidade, embora mantenham as suas respetivas residências anteriores — fenómeno que parece ser mais frequente entre pessoas mais velhas. Na verdade, essas pessoas não pretendem casar, nem sequer viver em união de facto; mas a expansão do fenómeno, aparentemente com sucesso prático, pode sugerir a mesma prática às pessoas que preferem efetivamente casar.

b) Recentemente, a lei n.º 48/2018, de 14 de agosto⁵, alterou o art. 1700.º (aditando o n.º 1 al. c) e o n.º 3, permitindo aos nubentes (que esco-

³ GLENDON, Mary Ann, *The Transformation of Family Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 934.

⁴ François TERRÉ, Charlotte GOLDIE-GENICON, Dominique FE-NOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 153-4.

⁵ Para um comentário mais desenvolvido ao Projeto de Lei pode ver-se o meu artigo *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de berdeiro legal)*, acessível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf>

lham ou estejam sujeitos ao regime da separação de bens) que afastem reciprocamente o direito à sucessão legitimária⁶.

A Lei quis dar satisfação a um interesse conhecido desde sempre — o interesse de evitar que os casamentos causem a dispersão dos bens de uma linha familiar consanguínea, através da sucessão por membros de outra linha familiar. Porém, desde meados do século XV que estes pactos renunciativos foram eliminados do direito português, mais por imposição dos juristas do que dos cidadãos comuns. Por estranho que pareça, foram agora restabelecidos (aliás com escassa ponderação) numa época em que o perigo da dispersão fundiária é claramente menos importante, dadas as alterações entretanto verificadas na composição da riqueza — que assenta hoje mais em valores mobiliários, na formação profissional e na capacidade de ganho.

Note-se, também, que a “exposição de motivos” da lei afirma que esta não pretende “proceder a uma revisão da filosofia subjacente ao regime sucessório do Código Civil...”, mas, afinal, faz uma alteração radical. A posição sucessória do cônjuge, em 1977, correspondeu à ascensão da família conjugal em desfavor da família consanguínea, e o cônjuge sobrevivente passou a ocupar o primeiro lugar na lista de sucessíveis (art. 2133.º), tornou-se herdeiro legitimário (art. 2157.º), foi dispensado de colação (art. 2104.º, n.º 1), beneficiou de uma garantia de receber a quarta parte da herança em concorrência com quatro filhos ou mais (art. 2139.º, n.º 1), teve direito a “atribuições preferenciais (arts. 2013.º-A e segs.), e manteve o apanágio do cônjuge sobrevivente (2018.º). Na verdade, esta alteração de 2018 significa um regresso na posição do cônjuge sobrevivente, na medida em que permi-

te eliminar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge; sem ponderar, simultaneamente, o estatuto de herdeiros legitimários dos descendentes ou dos ascendentes. Por outro lado, num domínio (sucessão legitimária) em que a autonomia privada tinha um lugar muito modesto (cfr., p. ex., o art. 2163.º), a renúncia em vida passa a ser permitida por acordo dos cônjuges — introduzindo deste modo a faculdade de escolher numa área que foi sempre garantida pela sua natureza de ordem pública, indisponível.

Também aqui, portanto, um dos efeitos mais importantes do casamento — a condição de herdeiro legitimário do cônjuge sobrevivente — passou a estar dependente da vontade⁷.

D. Sair do casamento cada vez mais facilmente

Nos passados anos sessenta, a questão de saber se deveria admitir-se o divórcio — o divórcio litigioso e o divórcio por mútuo consentimento — era um assunto muito debatido e, em geral, embora com diferenças importantes, as leis e a doutrina de vários países limitavam consideravelmente a possibilidade de dissolver o casamento. Porém, já então F. M. Pereira Coelho se pronunciava no sentido de que o divórcio devia ser admitido, mesmo nos casamentos católicos, embora ainda pusesse sérias reservas ao divórcio por mútuo consentimento, pois o simples acordo dos cônjuges, sem revelação da causa ou das causas do seu desentendimento, podia ser fruto de precipitação.

Muitos anos decorridos, a admissão do divórcio (litigioso e por mútuo consentimento) é por assim dizer consensual, e o segundo corresponde a uma prática social generalizada. Sobretudo a partir

⁶ Deixo de parte, neste momento, o art. 1707.º-A que também foi adotado pelo mesmo diploma de 2018.

⁷ E de uma vontade que não só é manifestada num momento em que se pode questionar a real autonomia dos declarantes (ou de algum deles), e que pretende ter eficácia porventura muitos anos depois, apesar de ocorrerem alterações compreensivas da vida matrimonial.

dos anos setenta do século passado, as legislações têm feito caminho no sentido de que o divórcio fosse permitido onde quer que se verificasse uma situação de rutura, e que a lei não condicionasse a relevância dos factos que a indiciassem.

Mas, apesar disso, foram subsistindo condicionamentos ou limitações de vária natureza ao direito de pedir o divórcio. Em Portugal, até 2008, o divórcio litigioso podia ser pedido com fundamento em violação de qualquer dos deveres conjugais enumerados no art. 1672.º CCiv, mas a lei exigia ao requerente a prova de que a violação fora “culposa” e “grave”, no sentido de que tinha “comprometido a possibilidade da vida em comum” (art. 1779.º, n.º 1); além disso, a sentença devia declarar qual fora o cônjuge culpado, ou principal culpado no caso de ter havido culpas dos dois (art. 1787.º), o que tinha uma relevância considerável. O divórcio litigioso podia também ser pedido com fundamento em rutura da vida em comum, nos termos do art. 1781.º, mas só nos casos previstos, e corridos os prazos fixados, nas quatro alíneas deste artigo — prazos que a Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, abreviou. Relativamente à separação de facto dos cônjuges, vale a pena notar que era de seis anos o prazo estabelecido pela Reforma de 1977, a qual, por sua vez, já abreviara o prazo exigido na “Lei do Divórcio” de 1910, que era de dez anos.

No que se referia ao divórcio por mútuo consentimento, a Reforma de 1977 suprimiu o requisito de uma idade mínima dos cônjuges (25 anos) para estes poderem requerer o divórcio; mas, em contrapartida, subiu de dois para três anos o prazo exigido de duração do casamento e, inspirando-se na legislação francesa, condicionou o decretamento do divórcio por mútuo consentimento à homologação judicial de acordos dos cônjuges sobre as suas mais importantes sequelas (prestação de alimentos

ao cônjuge que deles carecesse, exercício do poder paternal relativamente a filhos menores e destino da casa de morada da família). Mais tarde, a Lei n.º 47/98 deixou de exigir qualquer prazo de duração do casamento, dispondo que o divórcio por mútuo consentimento podia ser requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”, uma solução raramente admitida nas legislações; mas, em tudo o mais, manteve o instituto como a Reforma de 1977 o conformara, nomeadamente o condicionamento do divórcio à homologação de acordos dos cônjuges sobre as matérias referidas no n.º 2 do art. 1775.º CCiv.

Depois da Reforma, uma alteração significativa nas leis do divórcio foi a do Decreto-lei n.º 131/95, de 6 de junho, que aprovou o novo CRegCiv e veio permitir que o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento fossem requeridos e decididos nas conservatórias do registo civil, se o casal não tivesse filhos menores ou, se os tivesse, o exercício do poder paternal já se achasse judicialmente regulado.

Em seguida, o Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, transferiu dos tribunais para as conservatórias do registo civil a competência decisória em diversas matérias, como a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados, e alterou o regime do divórcio por mútuo consentimento, ainda no mesmo espírito de facilitação do divórcio. O processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil (só no caso de conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento é que corria no tribunal), e eliminou-se a segunda conferência, com nova tentativa de reconciliação dos cônjuges, prevista na legislação anterior.

Finalmente, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, eliminou a possibilidade de o divórcio ser

pedido com base na violação culposa dos deveres conjugais enumerados no art. 1672.º CCiv, afastou a “declaração de culpa” que o tribunal era obrigado a fazer, em suma, eliminou a relevância da culpa na dissolução do casamento. Esta Lei manteve a via da constatação de rutura do casamento — conservou a relevância das três causas determinadas previstas no regime anterior, embora reduzindo os prazos para um ano; e acrescentou uma causa indeterminada [art. 1781.º, d)]. A rutura (objetiva) do casamento tornou-se a única via de dissolução “litigiosa”.

No que se refere ao divórcio por mútuo consentimento, a Lei n.º 61/2008 consagrou-o como a via preferida, menos traumática, e facilitou o recurso a ela na medida em que a falta de algum dos acordos complementares, ou a sua não homologação, não determina o indeferimento do pedido de divórcio por mútuo consentimento, mas apenas que o processo corra no tribunal, onde o juiz decidirá o que os cônjuges não conseguiram acordar⁸.

Estes dados mostram que os condicionamentos e limitações ao direito de pedir o divórcio foram caindo um a um, em nome de um irrestrito “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” que não tolerará qualquer desses condicionamentos e limitações.

Em resumo, a evolução que agora se apresentou mostra, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, o desaparecimento progressivo dos *requisitos de maturidade* que assentavam na idade dos cônjuges e/ou na duração do casamento; os *requisitos de convicção*, que impunham um período de reflexão, traduzido pela necessidade de renovar o pedido dentro de um certo prazo; e os *requisitos de*

responsabilidade, que obrigavam os cônjuges a atingir os acordos complementares sobre os alimentos, a casa de morada e o destino dos filhos, sob pena de o pedido ser indeferido. Quanto ao divórcio litigioso ou sem consentimento de um dos cônjuges, a evolução mostra, primeiro, a coexistência de uma via baseada na violação culposa dos deveres conjugais ao lado de uma via assente na rutura objetiva do matrimónio e, segundo, o movimento para a consagração de uma via única, fundada na rutura definitiva do casamento por qualquer motivo.

Parte II — Novas influências da vontade na parentalidade

A. As transformações da reforma de 1977

A reforma de 1977 significou uma alteração enorme no quadro jurídico português, *no sentido do critério biologista*. Creio que este movimento foi adequado, por duas razões. Em primeiro lugar, o sistema queria afastar-se do direito anterior que impunha a “norma” do casamento e penalizava qualquer outra forma de convivência tanto nas relações horizontais como nas relações verticais, contra os ventos que sopravam dos países considerados mais evoluídos; o sistema de 1977 queria tornar-se mais igualitário. Em segundo lugar, o fundamento biológico, além de ser forte e compreensível por si próprio, estava a beneficiar da chegada de meios de prova práticos e seguros que haviam de modernizar, por várias formas, as ações de filiação.

Quanto à **maternidade**, a acentuação da verdade biológica notou-se principalmente na eliminação da perfilhação pela mãe: a maternidade passou a resultar do facto do nascimento, e a ser estabelecida por uma simples indicação da identidade da mãe (art. 1796.º, n.º 1).

É evidente que, nesta opção tomada pela lei de 1977, pesou muito a certeza da solução baseada na

⁸ Com a Lei n.º 61/2008, o Direito português seguiu de perto os *Principles on Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, elaborados pela *Commission on European Family Law* (CEFL), (em que eu tive o privilégio de participar) e aproximou-se da maioria dos sistemas jurídicos europeus.

gestação e no parto; uma certeza que ainda hoje resiste bem à ampliação da prática da transferência de óvulos que pode suscitar a tensão entre o valor da maternidade genética (da mulher que fornece o óvulo) e o valor da maternidade gestacional (da mulher que tem o parto).

A determinação jurídica da **paternidade**, por sua vez, continuou a respeitar a máxima antiga *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, mas a impugnação da paternidade do marido passou a seguir o regime geral da “prova do contrário”, baseada em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas de convicção judicial (art. 1839.^o). A negação da paternidade resulta serenamente da demonstração de que o marido é alheio à concepção.

Por outro lado, os filhos nascidos fora do casamento têm liberdade para investigar a paternidade, ora provando diretamente o facto biológico da progenitura, ora beneficiando de presunções que traduzem a probabilidade de o réu ser o progenitor (art. 1869.^o e segs.). Em ambos os casos, o esforço probatório exigido deixou de exprimir quaisquer preconceitos antigos para passar a ser racional e proporcionado.

B. O critério biologista nem sempre é indiscutível

Deve notar-se que o critério biológico da parentalidade — que tomou a primazia no direito português, em 1977 — não é isento de problemas.

a) Por um lado, quanto à maternidade, com o decurso do tempo, tornou-se fácil a **doação de óvulos**. Isto significa que um filho pode nascer com a contribuição genética total de uma dadora e com a contribuição gestacional de uma outra mulher que vem a ter o parto. O privilégio do parto na definição de quem é a mãe (adotado pela reforma de 1977) continua a ser sedutor, pela tradição

milénar e pela simplicidade da prova; mas não pode excluir-se que algum dia se venha a alegar que a participação genética, do ponto de vista biológico, é superior à contribuição da gestação; e, sendo assim, quem sabe se chegaremos a ter de ponderar se a escolha do parto, como critério imperativo, é indiscutível.

b) Também se notariam dificuldades se se pretendesse aplicar o critério “biologista” no âmbito da **gestação de substituição**. De facto, tecnicamente, a gestação por conta de outrem tanto pode ser prestada por uma mulher que insemina o seu próprio óvulo como pode ser suportada por uma mulher que recebe um embrião resultante da fecundação de óvulo alheio — designadamente que pertença à mulher que encomenda a gestação. Então, se fosse considerando apenas o fundamento biológico da maternidade, ou não se saberia escolher entre a contribuição do património genético e a gestação, ou poderia escolher-se a prevalência da contribuição do património genético, que é mais determinante para o filho, ainda que o valor da gestação seja cada vez mais conhecido e apreciado.

Qualquer que seja a configuração concreta sobre a origem do material genético, em cada caso, o critério biologista não seria apto para ditar uma escolha clara da “maternidade legal”⁹.

Vem a propósito referir o desvio que resulta dos casos de gestação de substituição mais vulgares onde, se tudo se passar como estiver combinado, a mulher que gera e tem o parto não é, afinal, a “mãe legal”. Na verdade, o regime excecional que os países preveem determina um desvio à regra de que a

⁹ Em Portugal, a mãe legal era a mulher que encomendava o filho, ao menos na regulação que esteve em vigor antes do ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril; no UK, a mãe legal começa por ser a gestadora substituta, que depois transfere o seu estatuto através de uma *parental order* — cfr. J. HERRING, *Family Law*, 9.th ed., Pearson, 2019, p. 574.

maternidade repousa sobre o parto para, afinal, ser atribuída à mãe que encomenda a gestação — quer ela seja mãe genética quer não seja.

c) Por outro lado, nos casos raros em que está presente uma **doença mitocondrial**, a mulher que dá o óvulo e gera a criança até ao parto beneficia de uma doação de um óvulo de terceira (um óvulo que perderá o seu núcleo e em que será implantado o núcleo do óvulo da mulher que quer ser mãe. Esta troca de núcleos permite que o material genético determinante (que se encontra no núcleo) será da mulher que gera, mas o citoplasma da célula reprodutora será o da mulher dadora, contendo as mitocôndrias (geradoras de energia) sem anomalias, e garantindo a ausência das doenças que se querem evitar com esta intervenção. O pequeno problema reside no facto de haver quem pense que esta participação da segunda mulher significa uma contribuição genética de uma terceira pessoa mas, na verdade, a participação dela é modesta — em palavras sem rigor, a doação do óvulo pela segunda mulher apenas visa fornecer um “gerador de energia” capaz de garantir que a transmissão genética esperada da mãe se processe sem acidentes. Ou seja, a intervenção da segunda mulher não desvaloriza o papel da primeira no que diz respeito à transmissão hereditária, que provém apenas desta.

d) Hoje, o “biologismo” começa a denotar uma nova fragilidade no âmbito do que se chama o método **RoPa (Reception of oocytes from partner)**, segundo o qual uma mulher gera embriões resultantes da inseminação de óvulos da sua companheira, casada ou em união de facto. O método não tem novidade do ponto de vista técnico porque, afinal, é apenas uma fertilização *in vitro* de óvulos de uma dadora, com sémen anónimo fornecido por um banco; porém, a dadora tem uma relação de matri-

mónio ou de união de facto com a recetora. Desse modo, segundo as regras gerais, a mulher que prossegue a gestação e tem o parto será a mãe; a segunda mulher pretende ser a segunda mãe, e invoca, para este efeito, a qualidade de prestadora do material genético materno.

e) Do ponto de vista da paternidade, a presunção tradicional que atribui a responsabilidade ao marido da mãe (eventualmente alargada ao companheiro em união de facto) continua a ser o método mais prático e seguro; na verdade, costuma dizer-se que a experiência comum mostra que os maridos (e os companheiros) são os progenitores dos filhos das mulheres com quem vivem. No entanto, os progressos da genética (das consultas genéticas para os mais variados fins) têm mostrado números consideráveis de “**descobertas inesperadas**” — quando os médicos verificam que os maridos ou companheiros não são os progenitores. Afinal, os vínculos matrimoniais e as uniões de facto não são tão seguros como pareciam para demonstrar a paternidade dos filhos; digamos que a biologia também sofre aqui os seus percalços.

f) Por outro lado, embora os sistemas proclamem o critério biologista da paternidade com grande ênfase, **as leis não parecem importar-se** assim tanto com as certezas biológicas: na verdade, se fizessem realmente questão de que os “pais legais” fosse os progenitores, poderiam mandar fazer testes científicos para todos os recém-nascidos; mas não se faz isso em parte alguma. É claro que, apesar de esse rastreio ser possível hoje em dia, seria caro, demorado e intrusivo na vida das famílias. É razoável admitir que traria mais problemas do que aquele que visava resolver.

g) Por último, vale a pena fazer uma observação quanto ao valor do critério biológico, tanto

para a determinação da maternidade quanto para a atribuição da paternidade. A observação é esta: **durante a infância do filho** — e do ponto de vista deste — *pouco importa que o papel de mãe ou de pai seja desempenhado pelos progenitores*¹⁰. O que importa ao filho é receber a prestação de cuidados fisiológicos, higiênicos e afetivos, por parte de um número limitado de pessoas que ele reconheça. A verdade é que, ao contrário dos adultos, a criança não tem qualquer noção sobre o vínculo biológico que está — ou não está — presente nos prestadores de cuidados.

C. Um critério alternativo — a vontade de ser mãe ou pai

a) Já vão sendo usados outros critérios para a definição da parentalidade. Na verdade, vários sistemas jurídicos dão relevo à **vontade de assumir um estatuto parental**.

Pode referir-se, desde já, o exemplo antigo do *instituto da adoção* (arts. 1586.º, 1972.º e segs., e RJPA). É claro que, neste regime, não há lugar para seguir um fundamento biológico da maternidade ou da paternidade; apenas a vontade de ser mãe ou pai, e o compromisso de assumir as responsabilidades correspondentes.

Não vale a pena desenvolver comentários acerca deste instituto sobejamente conhecido. Mas talvez seja oportuno formular a pergunta: por que razão os números das adoções decretadas em cada ano têm descido, em vez de subirem, como seria de esperar em correspondência com os múltiplos esforços legislativos dos poderes públicos? Na verdade, a tendência parece clara, ora nas adoções internas, ora nas adoções internacionais. Procuram-se explicações para esta queda. Quanto às adoções nacionais, continua a ser mencionada a longa duração

do processo e alguma alegada intimidação gerada pelos inquéritos preparatórios dirigidos aos candidatos. Quanto à descida das adoções internacionais, a razão parece encontrar-se nas maiores exigências feitas pelos países que tradicionalmente autorizavam as saídas das suas crianças para o estrangeiro.

Talvez seja altura de investigar se a adoção — quer nacional quer internacional — está a suportar mal a concorrência do aumento regular da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida. Na verdade, a percentagem dos nascimentos devida à prática da PMA cresce em todos os países de que temos habitualmente notícia; e cresce também em Portugal — 2,5% em 2013, 3% em 2016, 3,2% em 2017¹¹.

b) Em alguns raros sistemas jurídicos (França, Itália, Luxemburgo), a lei que exige um reconhecimento formal da maternidade permite que a parturiente não o faça quando não quiser assumir o seu estatuto, omitindo assim a revelação da sua identidade no momento do parto ("*nascimento sob X*"); o objetivo sempre repetido é o de impedir que a grávida interrompa a gravidez ou mate o filho, se se sentir obrigada a levar a gravidez a termo, sem o desejar e sem ter as condições mínimas para o sustentar.

É certo que, em França¹², desde 2009, o filho não está impedido de investigar a maternidade; e o pretense pai tem o direito de requerer ao procurador da república que descubra a data e o lugar do registo do nascimento. Porém, na prática, nenhum deles terá sucesso, sobretudo porque a criança é remetida para adoção num prazo muito curto, e o decretamento do vínculo impedirá o estabeleci-

¹¹ CNPMA, *Atividade desenvolvida pelos Centros de PMA em 2017*, 2020, p. 6, acessível em https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/RelatoriosAtividadeEmPma/RELATORIO_ATIVIDADE_PMA2017.pdf

¹² Cfr. François TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 603-621.

¹⁰ GOLDSTEIN *et. al.*, *apud* J. HERRING, *ob.cit.*, p. 359-60.

mento da filiação.

O regime mostra, portanto, que a mãe tem legitimidade para não querer assumir o seu estatuto; e aqui se encontra um caso em que a filiação fica dependente da vontade dela — a filiação materna e, note-se, também a filiação paterna, porque o pai não conseguirá identificar o filho para o perfilhar.

O regime enfrenta censuras porque erige a vontade como critério da filiação — torna os vínculos disponíveis contra todo o sistema. Também suscita dúvidas sobre o esclarecimento e a liberdade da decisão da parturiente, no momento em que a manifesta. Cabe ainda discutir se o regime discrimina o pai — na verdade se há maternidade sob X, não há paternidade sob X. Acresce que este regime contraria todo o movimento no sentido do direito do filho ao conhecimento das origens — o filho pode pretender essa informação, mas só a receberá se a mãe autorizar.

Como proposta conciliatória¹³, já se defendeu uma alteração do regime que garantisse o anonimato durante a menoridade do filho, e que permitisse o conhecimento da identidade da mãe, depois da maioridade, sem que fosse estabelecida a filiação ou sem que se realizassem contactos que mãe não autorizasse. Afinal, seria um regime semelhante ao que vale para os dadores de gametas, em PMA.

O sistema italiano segue um regime semelhante (D.P.R. n.º 396/2000, art. 30.º, n.º 1) e, portanto, dá lugar às mesmas dúvidas. Notam-se diferenças no ponto em que o Tribunal Constitucional já declarou a ilegitimidade que resulta de o filho adotado não ter ao menos a possibilidade de mandar interpelar a mãe, atingidos os vinte e cinco anos, tentando que ela levante o segredo; e no ponto em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se

pronunciou no mesmo sentido¹⁴.

c) Um outro exemplo de respeito pela vontade individual quanto ao estabelecimento da filiação — em contraste com a regra geral da tradução jurídica dos factos biológicos — encontra-se no regresso da antiga “roda dos expostos” (p. ex. Alemanha¹⁵, Bélgica, EUA¹⁶), em que as mulheres podem depositar os recém-nascidos em instituições preparadas para este efeito, reservando segredo sobre o facto. Afinal, esta é apenas uma variante do sistema do anonimato das mães, de origem francesa.

Na verdade, na Alemanha, as regras gerais aplicáveis à proteção do estatuto familiar das crianças e ao estabelecimento da filiação não se alteram; designadamente, é nomeado um tutor (§ 1773 II BGB) que terá por obrigação procurar os progenitores. Mas, em termos práticos, torna-se impossível atingir esse objetivo. A criança acabará por ser adotada, e este vínculo dificilmente poderá ser revogado (cfr. o § 1761 BGB). Assim, a deposição do recém-nascido na “roda” traduz-se no anonimato da mãe, que compromete a declaração verdadeira dos elementos que devem ser registados; designadamente, impossibilita a descoberta das origens e, deste modo, desconsidera a proteção do direito a conhecer os pais (cfr. o art. 7.º, n.º 1 da Convenção dos direitos da criança) e o direito à proteção da vida privada e familiar da criança (cfr. o art. 8.º da Convenção europeia dos direitos humanos)¹⁷.

¹⁴ Cfr. Michele SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7.ª ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 441.

¹⁵ Cfr. Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 31. Auflage, Muenchen, C.H. Beck, 2015, p. 313-6.

¹⁶ Cfr. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/safehaven.pdf>

¹⁷ Julgo que, do ponto de vista do direito da família e do registo civil, os procedimentos não são muito diferentes do nosso “registo de abandonados”. A grande diferença reside no âmbito penal, pois o abandono do recém-nascido está previsto no código penal português

¹³ IDEM, p. 620, nota 3.

d) Recentemente, segundo a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alterou a Lei n.º 32/2006, o direito português reconheceu a **dupla maternidade**, fundada na vontade de assumir o estatuto de mãe. Na verdade, quando uma mulher recorre a inseminação com dador (ou a fertilização *in vitro* correspondente), a mulher que está casada com ela ou que vive em união de facto com ela pode consentir no projeto maternal e, neste caso, assume um estatuto igual de mãe (art. 20.º, n.º 1)¹⁸. Note-se que, tal como o marido da mãe no caso mais antigo, esta consequência assenta na simples manifestação da vontade de participar no recurso às técnicas de PMA, ao lado da mãe biológica.

e) Se o art. 8.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que alterou a Lei n.º 32/2006, estivesse em vigor¹⁹, no caso de a mulher recorrer à **gestação de substituição** (art. 8.º LPMA), seria considerada a mãe jurídica da criança, sendo que o fundamento desta maternidade jurídica seria a sua vontade de iniciar um projeto parental, tudo contra a regra geral de que a maternidade resulta do facto do nascimento, isto é, do parto.

Note-se, até, que a doutrina discute as hipóteses em que o contrato fosse nulo. E se a solução mais óbvia seria a de desconsiderar o valor do contrato (por este ser nulo) e aplicar a regra geral —

como crime (art. 138.º CPen), enquanto na Alemanha traduz-se apenas em uma contraordenação prevista na *Personenstandsgesetz*, § 70, punida com uma coima.

¹⁸ No Brasil, alguns tribunais têm admitido a dupla maternidade resultante de inseminação caseira — cfr. <https://ibdfam.org.br/noticias/8148/Justica+reconhece+dupla+maternidade+de+bebê+concebido+por+inseminação+caseira+>

¹⁹ O art. 8.º desta Lei veio admitir a gestação de substituição, em casos excepcionais, e regulou vários aspetos controversos. O acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral deste art. 8.º e, por consequência, foi repristinada a versão primitiva da Lei que proibia os acordos de gestação de substituição.

a mãe seria a mulher que teve o parto — alguns autores²⁰ entendem que a criança deveria ser logo entregue à mãe que a encomendou, que teve a vontade de ser mãe e, portanto, cuidaria dela com mais interesse do que a mulher que gerou a criança com o alegado propósito de a entregar depois do parto.

f) Também constitui uma manifestação da vontade no domínio do estabelecimento da filiação a admissibilidade do recurso à PMA por **mulheres que querem ser mães sozinhas**, isto é, com recurso a um dador de esperma e sem determinação de qualquer paternidade. A Lei n.º 32/2006 aceita esta vontade — para além de aplicar a regra geral de que o dador nunca é pai (art. 21.º LPMA), afasta a averiguação oficiosa da paternidade (art. 20.º, n.º 3, LPMA). O filho não terá um pai porque esta é a vontade da mãe.

g) Outros países exigem que **a mãe** (ou *aquele que perfilhou em primeiro lugar*) **aprove o reconhecimento da paternidade** (ou o segundo reconhecimento) fora do casamento (Alemanha, Itália).

Na Alemanha²¹, alega-se que o assentimento da mãe respeita a ligação íntima que a liga ao filho, pressupõe que ela sabe melhor do que ninguém quem é o progenitor, que a mãe começa por ser mais afetada do que o filho pelo reconhecimento pois até aí ela é a única detentora das responsabilidades parentais. A mãe atua no seu próprio interesse, e a recusa do assentimento é peremptória, deixando apenas aberto o caminho de uma investigação da paternidade.

Deve notar-se, porém, que o reconhecimento visa constituir o vínculo jurídico com o progenitor,

²⁰ J. Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2020, p. 231, e C. Pamplona CORTE-REAL/J. Silva PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. Lisboa, AAFDL, 2011, p. 245.

²¹ Nina DETHLOFF, *ob. cit.*, p. 286.

isto é, procura-se a verdade biológica — e por isso é que não está afastada a ação de investigação de paternidade. O assentimento pretende servir, em primeiro lugar, como garantia de que o perfilhante é o progenitor, e não outro homem qualquer; portanto, a intervenção do assentimento não visa, nestes casos, uma substituição do critério do “biologismo” pelo da vontade.

Na Itália²², o consentimento é exigido àquele que perfilhou em primeiro lugar, sendo o filho menor de catorze anos. O objetivo é semelhante ao que se prossegue na Alemanha, mas parece entender-se a declaração como feita em nome e no interesse do menor por aquele que é o melhor intérprete deste interesse. Havendo recusa, o segundo perfilhante pode recorrer para o tribunal que, salvo casos raros, substitui o recusante e viabiliza o reconhecimento.

Ao contrário do sistema alemão (segundo uma corrente mais recente) entende-se que a negação do assentimento pelo primeiro perfilhante pode afastar a eficácia do reconhecimento pelo segundo progenitor — definitivamente e em casos excepcionais — quando o prejuízo esperado para o interesse do filho seja proporcional ao sacrifício do direito do progenitor ao estatuto da parentalidade^{23 24}.

²² Michele SESTA, *ob. cit.*, p. 339-40.

²³ ZACCARIA, 3.^a ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 579.

²⁴ Pode ser tentador acrescentar, neste momento, uma referência ao regime do art. 1832.º: a mulher casada pode fazer cessar a paternidade presumida do marido através de uma simples negação, no momento da declaração de nascimento. Esta faculdade é conhecida desde a reforma de 1977, com a diferença de que, numa fase inicial, o conservador suspendia o processo de registo, e a mulher pedia ao tribunal uma sentença baseada num processo breve que autorizava o conservador a aceitar a negação da mulher casada; numa fase seguinte, o processo passou a correr na conservatória do registo civil; atualmente, basta a referida declaração da mãe.

Este regime podia sugerir que a mulher casada podia simplesmente opor-se à atribuição da paternidade ao marido, ainda que ele fosse o progenitor. Mas não é assim. Na verdade, o art. 1832.º, n.º 6, manda aplicar o regime do “renascimento da presunção de paternida-

h) Também são conhecidos sistemas onde o **próprio filho** é chamado a assentir no reconhecimento. Evitam-se, deste modo, reconhecimentos interesseiros, e que podem prejudicar gravemente os interesses do filho que já esteja instalado numa realidade familiar conveniente.

Na Alemanha, impõe-se a aprovação pelo filho maior; e ainda a aprovação do filho menor quando a mãe morreu ou não exerça as responsabilidades parentais (§ 1595 II). A obstrução por parte da mãe pode dar lugar a um estabelecimento judicial da paternidade — o que mostra, de novo, que não se substitui o critério biológico pela relevância da vontade.

Na Itália, quanto ao filho maior de catorze anos, vale um regime semelhante — porém, com o valor de que a obstrução do filho pode acabar por impedir a aquisição, pelo perfilhante, do estatuto parental, em casos ponderosos.

Em Portugal, a perfilhação de filho maior ou de filho pré-defunto carece de eficácia antes do assentimento do perfilhado ou dos seus descendentes maiores ou emancipados (art. 1857.º). Isto é, os titulares do direito de assentir pode entender que a perfilhação é inconveniente por várias razões — por chegar depois de o pai se ter furtado aos encargos como desenvolvimento do filho, por emanar de um indivíduo de tão fracas qualidades que acabará por diminuir o crédito público do filho, por ser muito provável a destruição do ambiente familiar em que este tem vivido, etc.; e pode imaginar-se até que o filho esteja seguro de que o perfilhante não é o progenitor. Em suma, a vontade do filho maior pode paralisar a eficácia do reconhecimento voluntário. E é claro que não será intentada qual-

de” previsto pelo art.1831.º sempre que — resumindo — haja indícios de que o marido é o pai biológico. Portanto, o regime mantém-se submetido ao critério biológico da paternidade.

quer ação de investigação... que já só o filho poderia desencadear; a verdade é que, se este mudar de ideias quanto ao estabelecimento da paternidade, bastar-lhe-á manifestar o seu assentimento à perflilhação que tem permanecido ineficaz.

No nosso país, portanto, a vontade do filho maior pode primar sobre a “verdade biológica” — e este regime é bastante antigo²⁵.

Também são relativamente antigas as dúvidas que manifestei quanto ao facto de a lei proteger o interesse do perflilhado maior ao mesmo tempo que deixou o perflilhado menor totalmente entregue à determinação da verdade biológica (incluindo através de uma averiguação oficiosa do vínculo)²⁶. Embora a proteção do filho maior se possa compreender em virtude de já se ter consolidado, em grande medida, a sua personalidade individual e social, também “o filho menor, pela sua dependência física e emocional, pode ser muito prejudicado por uma alteração do seu estatuto, pela agressão afetiva que resulta da intervenção de um novo progenitor desconhecido, inesperado e inoportuno. Quando o moderno direito da família erigiu o interesse do filho em princípio capital de ordenação deve ter pensado, sobretudo, nos menores — e, se assim foi, o nosso direito protege afinal o interesse menos importante (o do filho maior) enquanto esquece o interesse do menor, que seria mais digno de tutela jurídica”²⁷.

i) Ainda a propósito do reconhecimento voluntário, deve observar-se que as perflilhações cons-

²⁵ Pode perguntar-se se a eficácia de uma declaração tardia da maternidade (que acontecerá em casos raros) (cfr. o art. 1806.º) pode ser evitada nas mesmas condições em que se obsta aos efeitos de uma perflilhação tardia. A verdade é que, no nosso regime, a maternidade resulta apenas do parto e não há lugar à ponderação dos interesses do filho.

²⁶ Cfr. o meu *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade/Almedina (distr.), 1983, p. 409-415.

²⁷ *Idem*, p. 411-2.

cientemente falsas — *perflilhações de complacência* — costumam admitir uma impugnação com legitimidade ampla e sem prazo de caducidade, em homenagem a um biologismo estrito (cfr. o art. 1859.º). Porém, há quem comece a fazer uma distinção entre perflilhações de complacência e “*perflilhações de conveniência*”²⁸, notando que nas primeiras se prossegue o interesse do filho, na medida em que se quer assumir um estatuto parental; enquanto nas segundas o perflilhante pretende uma vantagem estranha às relações de família (p. ex. um visto de residência). O Tribunal Supremo de Espanha, em 15 de julho de 2016, abriu a porta a esta distinção quando afirmou que a atitude do perflilhante de complacência não podia ser considerada ilícita porque não pretendia estabelecer uma relação adotiva; e também não podia ser considerada ilícita num ordenamento que constituía vínculos jurídicos que tinham por base doações de gametas anónimos; nem sequer imoral, pois as perflilhações de complacência eram frequentes e não suscitavam repúdio social. Afinal, estas perflilhações, segundo o TS, satisfaziam bem os interesses de todos²⁹.

Neste quadro, poderia ser adequado reservar o regime de impugnação “aberta” para aquelas últimas declarações “simuladas” (p. ex., do art. 1859.º), admitindo uma impugnação mais “fechada” para as primeiras — p. ex., apenas pelo filho, embora a todo o tempo. Se esta tendência for penetrando nos sistemas jurídicos, dar-se-á mais estabilidade ao vínculo que uma vez nasceu com base na mera vontade do perflilhante.

É justo reconhecer que a aceitação eventual e futura das perflilhações de complacência não fará

²⁸ M.C. QUESADA GONZÁLEZ, *Los retos actuales de la impugnación de la filiación*, in «Asociación de Profesores de Derechos Civil, Retos actuales de la filiación», Madrid, Tecnos, 2018, p. 161-173.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 172, nota 166.

mais do que recuperar uma prática social antiga, “uma espécie de tradição popular”. CARBONNIER³⁰ afirmou que a verdade biológica parece ser a «verdade verdadeira», mas «não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares, sociais [...]. O facto de viver como se o vínculo biológico existisse cria [...] uma comunidade psicológica que pode ser tão forte como a comunidade de sangue [...] que seria pouco realista abalar [...] pois *quieta non movere* é uma das máximas secretas do direito».

Não conheço estatísticas que demonstrem o recrudescimento desta prática antiga; mas há quem afirme que “este tipo de reconhecimentos é bastante habitual na prática, devido sobretudo às transformações experimentadas nos últimos anos e que têm determinado a proliferação de uniões de facto, separações, divórcios, segundos e ulteriores casamentos..., situações que propiciam a convivência de um homem com uma mulher que traz filhos de uma união anterior e que, com frequência, dão lugar a que aquele homem, seja por que razões for, reconheça estes filhos como seus filhos biológicos”³¹.

Na eventualidade de os casos se multiplicarem — e de o sistema jurídico contemporizar com a sua validade ou, pelo menos, reagir com um silêncio tolerante — talvez tenha de ser preciso estar pronto para testemunhar o declínio consequente dos números da adoção, que os reconhecimentos de complacência tenderão a substituir.

j) Finalmente, aqueles que ainda propendem para defender que o pai biológico não tem um de-

ver jurídico de perfilhar e que, portanto, *a perfilhação é um ato livre* (no sentido de ato *arbitrário*), respeitam a vontade de o progenitor fora do casamento assumir, ou não, o estatuto de pai.

Esta ideia era defendida, em Portugal: “(...) embora possa corresponder a um dever de consciência, mergulhado nas raízes da pura ética, o ato de natureza constitutiva, essencialmente complexo, da *perfilhação* não tem por detrás de si nenhum dos *satélites* que acompanham a cauda do cometa do *dever jurídico*. Por mais evidente que seja, e por mais comprovada que esteja, a relação de filiação entre o filho nascido ou concebido fora do matrimónio e o indivíduo que com a mãe o gerou, nenhuma sanção decorre da lei para o facto de ele o não ter perfilhado, podendo livremente fazê-lo. Por isso Carbonnier (...) considera *la reconnaissance* como um ato jurídico essencialmente facultativo”³².

Em Itália, a doutrina maioritária também parece ser a que defende que “o reconhecimento é um ato discricionário e livre (...) não existe, de facto, no ordenamento italiano, uma obrigação jurídica de reconhecer o próprio filho (...) Entende-se, porém, que reconhecer o filho é um dever moral e social”. Mas uma doutrina mais recente sustenta que há um dever jurídico de perfilhar, correspondente à faculdade livre e ampla que o filho tem de propor uma ação de investigação de paternidade, na sequência da consagração constitucional do princípio que lhe garante um acesso pleno a um estatuto familiar semelhante ao dos filhos nascidos do casamento (art. 30.º CREp it); perante esta faculdade aberta para o filho, não tem sentido respeitar uma arbitrariedade do progenitor³³.

³⁰ *Droit Civil*, 11ème éd., t.2, Paris, P.U.F., 1979, p. 317-8.

³¹ Vanessa GARCIA HERRERA, *La impugnación del reconocimiento*, in «Teresa Echevarria de Rada (dir.), Cuestiones actuales de derecho de familia», Madrid, La Ley, 2013, p. 181.

³² Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 235.

³³ ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 3.ª ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 572.

Defendo, desde há muito³⁴, que pode argumentar-se, com base no nosso sistema legal, em favor da existência de um dever jurídico de perfilhar e do correspondente direito a ser perfilhado.

Em primeiro lugar, a satisfação plena do direito à identidade e à integridade pessoais (arts. 25.º e 26.º CREp), e do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CREp), implica a atribuição dos meios técnico-jurídicos adequados à descoberta da ascendência, isto é, a atribuição de um direito à constituição do estado de filho. É por esta razão que o Estado deve organizar a ação de investigação e permitir o acesso do filho aos tribunais. Ora, se a comunidade envida esforços para estabelecer a paternidade de cada indivíduo, parece que o progenitor tem um especial dever de agir, porque conhece as circunstâncias que podem ter determinado a paternidade biológica, e na medida em que se lhe possa exigir a convicção fundada de ser o pai.

Em segundo lugar, o nosso sistema posterior a 1967 estabelece a obrigação de averiguar officiosamente a paternidade que reste incógnita no assento de nascimento. Isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação, constitui também um interesse público, ligado à organização familiar básica da sociedade. Então, se o progenitor estiver seriamente convencido da paternidade, ou se for razoável exigir-lhe essa convicção fundada, não parece legítimo dizer-se que ele tem o direito de ocultar a relação biológica e de onerar a comunidade com a averiguação subsequente.

Note-se, em terceiro lugar, que a defesa do carácter facultativo de perfilhação não pode furtar-se à crítica de estar influenciada por uma concepção demasiado voluntarista dos vínculos de filiação. Na

verdade, o carácter facultativo do reconhecimento quadra bem com os sistemas em que o interesse mais relevante era do progenitor — interesse que podia consistir, justamente, na ocultação do vínculo extramatrimonial; quadra bem com o antigo constrangimento da investigação pela exigência cumulativa da verificação de “pressupostos de admissibilidade”. Mas tudo isto tem sido abandonado, para a descoberta da verdade biológica e em proveito do filho, e o interesse do progenitor em omitir a perfilhação tem perdido o apoio do sistema e não é digno de tutela jurídica.

Por fim, parece legítimo defender que se eliminem as diferenças entre o regime do estabelecimento da paternidade e o do estabelecimento da maternidade que não se justifiquem por dificuldades de prova específicas. Na verdade, em ambos os casos, trata-se de dar relevância ao facto biológico da progenitura. Nestes termos, se o regime do estabelecimento da maternidade não permite à mãe que evite a menção da maternidade — a maternidade pode ser declarada por um estranho e ficar estabelecida (arts. 1803.º e 1804.º) — como se justificará que o pai tenha o direito de omitir a menção da paternidade? Costuma pensar-se que a dificuldade de prova da paternidade não é compatível com um regime do tipo daquele que os arts. 1803.º e 1804.º preveem³⁵, e por isso é que só o progenitor pode perfilhar; mas daqui não se segue que ele tenha a faculdade de estabelecer ou não es-

³⁴ Na verdade, a natureza discreta, ou secreta, da responsabilidade do homem na gravidez não parece autorizar que qualquer pessoa leve ao registo a identificação do pai. Não é que seja convincente a ideia de que só o homem saberá qual é a sua responsabilidade — provavelmente, a mãe soube sempre mais do ele; e, se se recorrer a um teste científico, o ministério público também saberá melhor do que ele.

A legitimidade exclusiva do pai para o reconhecimento extra-judicial da paternidade assenta porventura no receio de que as mães e os filhos sejam tentados a fazer “declarações de paternidade” levianas ou intencionalmente falsas, aproveitando-se da natureza mais ou menos obscura da participação do homem na fecundação; ao contrário do que

³⁴ *Estabelecimento da filiação*, Coimbra, Almedina, 1979, p. 109-111.

tabelecer a paternidade mesmo nas hipóteses em que esteja seguramente convicto da sua responsabilidade pela procriação. E, aliás, se tiver dúvidas, poderá dissipá-las através de um exame de ADN que é lícito fazer fora de um processo.

l) No âmbito do estabelecimento da filiação com procriação medicamente assistida, há muito tempo que se aceita que o marido da mãe possa assumir o estatuto de pai quando ele é infértil e **a mulher recorre a um dador** de esperma; a paternidade assentará na vontade de assumir o estatuto e não, obviamente, na verdade biológica. Na verdade, segundo o art. 20.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, “Se da inseminação (...) vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada (...)”; e, de acordo com o art. 21.º, “O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”. Acrescente-se que as normas valem para a fertilização in vitro que envolva a dação de esperma (art. 27.º) e para outras técnicas (art. 47.º).

D. Ainda outro critério alternativo — a parentalidade psicológica, sociológica ou socioafetiva

O critério do vínculo socioafetivo, social, ou da verdade sociológica, também assenta na vontade de assumir um projeto parental. A diferença para o critério simples da vontade que acabei de referir

se passa com as pessoas que indicam a maternidade, porque a natureza “pública” do parto afastará a tentação das fraudes.

E também não deve estar ausente um resto do hábito antigo que via a perfilhação como um ato vontade soberana que, antes de se tornar um ato privado, da esfera do progenitor, pertenceu ao Príncipe ou a Desembargo do Paço (cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983, p. 73-9).

está em que, agora, o vínculo socioafetivo assenta em uma vontade que já se desenvolveu na vida real, que já se consolidou no âmbito dos afetos recíprocos entre o filho e a mãe e/ou o pai.

Este fundamento da vontade traduzida em atos de parentalidade tem, no entanto, menor expressão nas leis.

a) Por vezes, a prática de uma parentalidade efetiva **fundamenta a constituição da parentalidade**³⁶.

No direito brasileiro tem grande difusão³⁷. João Batista VILLELA escreveu que “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir”³⁸. A ideia ampliou-se na doutrina, na jurisprudência e na lei brasileiras. Diz-se que “toda a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”³⁹. Em primeiro lugar, sublinhou-se o art. 227.^{o40} da Constituição de 1988, onde se lê que a convivência familiar é a “prioridade absoluta da criança”⁴¹; depois, o código civil de 2002 afirmou “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra

³⁶ Marcel Pagnol já sugeria isto pela voz dos seus personagens em *Fanny*, de 1931 (cfr. *Fanny*, Paris, Éditions de Fallois, 2004, p. 184-5). Referi esta opção no meu *A verdade e a ficção no direito da família*, «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. II, 1976, p. 16, mas, por lapso, mencionei a peça *Marius*, daquele autor.

³⁷ Cfr. o meu *Crítérios jurídicos da parentalidade*, «Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 271-306, sobretudo p. 279-286.

³⁸ *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 21, p. 401-419, 1979.

³⁹ Paulo LÔBO — *Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro*, «Revista Jurídica Luso-Brasileira», Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, 2015, n.º 1, p. 1743-1759, p. 1751.

⁴⁰ “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolecente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)” (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010).

⁴¹ Paulo LÔBO — *Direito civil — Famílias*, 4.a ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 265; Id. *Socioafetividade...*, cit., p. 1752-3.

origem” (art. 1593.º CCiv br). Entendeu-se a noção de parentesco civil como outra maneira de exprimir a verdade sócio-afetiva, que sustenta os vínculos de parentalidade em três tipos de situações: na adoção, no caso de paternidade do marido ou companheiro da mãe inseminada com esperma de dador (art. 1597.º, n.º V, CCiv br), no caso de posse de estado de filho⁴².

Por outro lado, tem ganho força a ideia de que o conhecimento da paternidade biológica ou da origem genética, possibilitado pelos meios de prova científica, satisfaz um direito fundamental do âmbito do desenvolvimento da personalidade, mas não traduz a verdadeira paternidade, que pertence ao domínio do direito da família, e que é fundamentalmente um facto cultural, afetivo, fundador do “estado de filiação”; “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”⁴³.

Com base nestes desenvolvimentos, o direito brasileiro levou a relevância da posse de estado e da paternidade sócio-afetiva até um ponto mais avançado do que se conhecia⁴⁴.

⁴² IDEM, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 207.

⁴³ Paulo LÔBO, *ob.cit.*, p. 227-8. É esta separação entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito da família que explica que a Lei n.º 12.010/2009, ao dar nova redação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, admita que o adotado possa conhecer a sua origem genética, sem prejuízo da adoção — Paulo LÔBO, *Socioafetividade...*, cit., p. 1758.

⁴⁴ Deve notar-se que, neste contexto, os tradicionais elementos da posse de estado não terão exatamente o mesmo sentido que têm quando a posse de estado serve de presunção do vínculo biológico. O tratamento (*tractatus*) é a manutenção de relações de cuidado como para um filho (elemento objetivo), mas deve incluir o sentimento de responsabilidade pelo cuidado da criança como faria um pai — que não é desempenho de mera atividade profissional, nem caridade transitória (elemento subjetivo); e a reputação pelo público (*fama*) deve mostrar o aval da comunidade ao compromisso paternal que o homem assumiu — cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, BGUC, 1983, p. 445-6.

A doutrina fala de uma “reconfiguração da presunção *pater is est...*”⁴⁵, de tal modo que esta também faz presumir a paternidade do marido da mãe “que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o genitor biológico”⁴⁶; “(...) pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, (...) sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação”⁴⁷.

No caso de nascimento fora do casamento⁴⁸, o filho pode propor uma ação de investigação de paternidade. Porém, nesta ação, “o que se investiga é o estado de filiação, que pode ou não decorrer da origem genética”⁴⁹; daí que a procedência de um exame científico não tem o resultado de o réu ser considerado como pai; apenas lhe dá a qualidade de genitor⁵⁰. Para que a paternidade seja declarada, é preciso que todo “o conjunto probatório” mostre o “estado de filiação derivado dos laços de afeto

⁴⁵ A regra mantém o efeito tradicional de presumir a paternidade do marido, quando a paternidade “não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do responsável imputada a quem não a assumiu” — Paulo LÔBO, *Socioafetividade...*, cit., p. 1752; o marido só pode impugná-la por vício da vontade.

⁴⁶ Paulo LÔBO, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 247-8.

⁴⁷ IDEM, p. 221.

⁴⁸ A paternidade pode estabelecer-se por perfilhação; mas o filho menor pode impugná-la, (tenha havido ou não convivência familiar) dentro dos quatro anos posteriores à maioridade (art. 1614.º, CCiv br). É que o filho é livre de aceitar essa paternidade, ou de a recusar.

⁴⁹ IDEM, p. 265. A investigação da paternidade como origem genética decorre de um direito de personalidade de qualquer indivíduo, e não se confunde com o direito da família.

⁵⁰ “1. Se o autor foi registrado pelo marido da sua mãe quando já contava 13 anos e sempre soube que não era filho do pai registral, então essa condição de filho restou consolidada como relação jurídica de paternidade **socioafetiva** que perdurou até o óbito do pai registral, quando já contava 49 anos de idade (...) 4. Não é possível desconsiderar a figura de quem foi sempre o verdadeiro pai do autor, que lhe deu o nome e o sustento, isto é, o amparo material... e moral, bem como o suporte afetivo, ao longo de toda a sua vida, e cujo nome já carrega há mais de cinquenta anos (...) 5. Se o propósito da parte era conhecer o seu vínculo biológico, tal pretensão foi atendida com o exame de DNA realizado”. TJ-RS — Apelação Cível AC 70061424107 RS (TJ-RS), 04/11/2014.

construído na convivência familiar”⁵¹. No mesmo sentido, “a ação [de investigação da parentalidade] não tem somente a finalidade de atribuir a paternidade ou a maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o estado de filiação que pode ou não decorrer da origem genética”⁵². E ainda “Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem ser afetiva, esta externada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar”⁵³.

b) Outras vezes, a prática efetiva da parentalidade *protege as relações constituídas*.

Também no direito brasileiro, *a posse de estado obsta à impugnação da paternidade* pelo marido quando, apesar da inexistência de um vínculo biológico entre o filho e o presumido pai, se estabeleceu “o estado de filiação, de natureza socioafetiva”⁵⁴. Para impugnar a paternidade registrada por força da presunção *pater is est...* o marido tem de “provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, o resultado do exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se (ele) foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, (tem de) comprovar que ter(á) agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação”.

É duvidoso se o conhecimento superveniente de que o pai não foi o genitor lhe permite impugnar o estado de filho que foi constituído antes. O STJ admitiu que, neste caso, houve vício de con-

sentimento da parte do pai, que justifica a impugnação⁵⁵. Mas Paulo LÔBO discorda e afirma em contrário que, “se forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la (...)”⁵⁶; e ainda “O que determina a filiação ou não são esses fatos extraídos da convivência e não a vontade ou sentimento, ou, como foi o caso, o ressentimento ou reação contra a infidelidade do outro cônjuge”⁵⁷.

Por outro lado, a perfiliação é irrevogável, salvo se tiver havido vício de consentimento ou se se demonstrar a total ausência de relação sócio-afetiva entre pai e filho⁵⁸. Segundo o Superior Tribunal de Justiça “(...) mesmo na ausência de ascendência genética, o registro realizado de forma consciente e espontânea consolida a filiação socioafetiva, que deve ter reconhecimento e amparo jurídico”⁵⁹. E em 2007, o STJ brasileiro⁶⁰ já dizia: “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento

⁵⁵ O STJ afirmou, em 06.04.2015: “Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira — acessível em <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3147/Negatória%20de%20paternidade.%20Filiação%20socioafetiva>.”

⁵⁶ *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 248.

⁵⁷ <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5557/STJ+autoriza+desconstituicao+de+paternidade+mesmo+após+cinco+anos+de+convivência>

⁵⁸ “A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente se admite quando existir nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, em face da demonstração de total ausência de relação socioafetiva entre pai e filho”. TJ-RS — Apelação Cível AC 70039828009 RS (TJ-RS), 31/05/2011.

⁵⁹ Caio Mário da Silva PEREIRA, ob. cit., p. 400.

⁶⁰ RECURSO ESPECIAL No 878.941 — DF (2006/0086284-0)

⁵¹ IDEM, p. 266.

⁵² Caio Mário da Silva PEREIRA — *Instituições de direito civil*, vol. V, 22.a ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 412.

⁵³ Rolf MADALENO, *apud* Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 415.

⁵⁴ Paulo LÔBO, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 246.

to. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. (...) O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócioafetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica”.

Em outros países, o exercício efetivo de uma parentalidade tem servido para justificar as restrições previstas para a destruição dos estados parentais constituídos, isto é, para justificar as restrições do direito de impugnar a maternidade ou a paternidade. O critério para justificar as restrições apresenta-se ora como a *proteção de uma vida familiar consolidada* (Alemanha, §1600, n.º 2 e 3 BGB; Suíça, art. 256.º e 259.º CCiv sui), ora como o *respeito por uma posse de estado de filho* que exprime uma realidade socioafetiva (Espanha, art. 140.º CCiv es; França, arts. 333.º e 334.º CCiv fr).

Na Alemanha, as “relações sociais e familiares” entre o filho e o “pai legal” reduzem o leque das pessoas legitimadas para a impugnação da paternidade; e há uma presunção de existência de relações sociais e familiares sempre que o “pai legal” e o filho convivam de um modo duradouro dentro de uma “comunidade doméstica”. A redução dos legitimados significa que o indivíduo que se arroga pai natural e presta juramento de que manteve relações sexuais com a mãe durante o período legal da concepção perde o direito de impugnar que o § 1600, (1), n.º 2, lhe dá; e também significa que, nas mesmas condições, as “autoridades competen-

tes” para impugnar [tal como foram definidas pelo governo do Estado, segundo o § 1600, (6)] perdem aquele direito [§ 1600, (1), n.º 5]⁶¹.

Na Suíça, o filho é um dos legitimados para impugnar a paternidade do marido; mas só pode exercer este direito se os cônjuges deixaram de viver juntos durante a sua menoridade [art. 256.º, (1), n.º 2, CCiv sui]. O filho também pode impugnar a perfilhação nas mesmas condições, ou se o reconhecimento⁶² só ocorreu depois de ele ter atingido os doze anos de idade [art. 259.º, (2), n.º 2, CCiv sui].

Em Espanha, tratando-se de filiação matrimonial, a legitimidade cabe ao marido, ao filho e à mãe, dentro de um ano contado a partir do registo da filiação (art. 136.º e 137.º CCiv es); mas se não houver posse de estado de filho matrimonial, a ação pode ser intentada pelo filho ou pelos seus herdeiros, a todo o tempo (art. 137.º, n.º 4, CCiv es). Quanto à filiação fora do casamento, a legitimidade cabe a todos os que sejam prejudicados pela filiação estabelecida; se houver posse de estado, a legitimidade cabe ao filho, ao pai e aos herdeiros forçosos que sejam afetados, e o prazo é de quatro anos a partir da inscrição no registo e do início da posse de estado (art. 140.º CCiv.es).

Em França, quando uma presunção de paternidade do marido, ou uma perfilhação, é corroborada pela posse de estado de filho com a duração mínima de cinco anos, a ação está reservada para

⁶¹ Note-se que o *Grupo de Trabalho sobre o Direito da Filiação*, constituído pelo Ministério da Justiça alemão, recomenda, em 2017, que o perfilhante consciente de que não era o progenitor não deve poder impugnar a paternidade estabelecida; e que o mesmo regime deveria ser aplicável àquele que conhecia circunstâncias que lhe sugeriam que não era o pai biológico (Recomendações n.ºs 24 e 25, p. 49 e 92) — acessível em https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4

⁶² Que é necessário (em alternativa a uma declaração judicial) quando o casamento ocorreu depois do nascimento do filho (art. 259.º CCiv sui).

o filho, o pai, a mãe ou aquele que se intitula pai real; o prazo para agir é de cinco anos contados a partir da cessação da posse de estado ou da morte do “pai legal” (art. 333.º CCiv fr). Na falta de posse de estado, a ação está aberta a qualquer interessado, dentro de dez anos a partir do início do gozo do estado contestado, com a exceção de que o filho beneficia de dez anos contados a partir da sua maioridade (art. 334.º e 321.º CCiv fr).

Em dois casos excepcionais, o ministério público pode impugnar o vínculo: quando a filiação parecer inverossímil, ou em caso de fraude à lei (o que inclui a fraude quanto às regras da adoção); na falta da previsão de um prazo, recorre-se à regra geral de dez anos a contar do nascimento ou do reconhecimento (art. 321.º CCiv fr).

A intervenção do ministério público era afastada até 1972; desde então, as suas competências têm aumentado, neste particular. Os casos presentes, embora se possam compreender, negam o padrão tradicional de limitação do “biologismo” e da proteção que se conferia à paz da família⁶³.

⁶³ François TERRÉ; Charlotte GOLDIE-GENICON; Dominique FENOUILLET, 9.ª ed., *Droit Civil-La Famille*, Paris, Dalloz, 2018, p. 665.

Conclusões

- a) No que diz respeito ao regime da **nupcialidade** — a afirmação tradicional de que a liberdade de um nubente (principalmente no âmbito pessoal) se resumia a decidir casar ou não casar, e a escolher a pessoa do outro nubente, parece bastante desatualizada. De facto, certas matérias relevantes que cabiam no âmbito da tradicional imperatividade passaram para a esfera da disponibilidade dos interessados.
- b) No que diz respeito ao regime da constituição da **parentalidade**, depois de a reforma de 1977 ter submetido o sistema português aos imperativos da biologia, tem sido dada uma relevância crescente à vontade do exercício da função parental.

Doutrina

O REGIME DE BENS E O EXERCÍCIO DE DIREITOS SOCIAIS RELATIVAMENTE A QUOTA DE SOCIEDADE COMERCIAL — EM PARTICULAR A LEGITIMIDADE PARA REQUERER INQUÉRITO JUDICIAL POR PARTE DO (EX) CÔNJUGE DE SÓCIO

João Paulo Remédio Marques

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigador do IJ/UCILeR, Univ Coimbra

Resumo: *Este estudo pretende sustentar que o cônjuge (ou o ex-cônjuge até ao momento da partilha dos bens comuns) do sócio de uma sociedade comercial não adquire a qualidade de sócio dessa sociedade, designadamente para o efeito de ajuizar ação especial de inquérito judicial destinada a inteirar o autor da ação do conteúdo e alcance dos atos praticados por esse sócio cônjuge (ou ex-cônjuge) ou por outros sócios.*

Palavras-chave: *Casamento; sociedade comercial; cônjuge; sócio; poderes de administração; parte social; inquérito judicial; legitimidade processual; interesse processual.*

Abstract: *This study seeks to defend that the spouse (as well as the ex-spouse until the moment of sharing common assets) of the member of a commercial company does not acquire the status of partner of that same company, for the purpose of exercising the personal rights inherent in the quality of a member of that same company, namely to initiate and participate in the judicial proceedings of inquiry into the acts carried out in that company by the other spouse (or ex-spouse) or by the other partners of that commercial company.*

Keywords: *Marriage; commercial company; spouse; member of the company; powers of the spouse; judicial inquiry claims; rights to inspect; interest party.*

I. Os Problemas

O presente estudo irá postular e tentar resolver vários núcleos problemáticos, que agora se postulam, de uma forma interrogativa, quais sejam:

1. O cônjuge *de sócio*, em sociedades comercial, com quem é casado no regime geral da comunhão de adquiridos, é também sócio

daquela sociedade, pelo facto das participações sociais terem sido constituídas/adquiridas na pendência do casamento?

2. Se a resposta for negativa, o cônjuge do sócio tem direito a obter informações sobre os atos de gestão das sociedades e consulta dos documentos da escrituração comercial das sociedades?
3. A pendência de ações de divórcio entre o sócio e o seu cônjuge permite ao cônjuge do sócio exigir informações e consulta dos documentos da escrituração comercial às sociedades de que o outro é sócio?
4. Após o divórcio, e até à partilha dos bens do então dissolvido casal, o ex-cônjuge do sócio é sócio das sociedades?
5. Em caso de resposta negativa, tem ele direito a obter informações sobre os atos de gestão da sociedade e consulta dos documentos da escrituração da sociedade?
6. Tem o cônjuge ou ex-cônjuge do sócio, quer na pendência da ação de divórcio, quer no período compreendido entre o eventual e futuro divórcio e a partilha, direito a requerer *inquérito judicial* por recusa da sociedade em lhe facultar informações e consulta dos documentos da escrituração comercial por ele solicitadas?

25

II. Introdução; razão de ordem

Ser-se cônjuge outorgante de um contrato de sociedade (geralmente, sociedade por quotas) desacompanhado do outro cônjuge coloca questões muito importantes e algo complexas, em particular quando ocorre uma crise da relação matrimonial, que culmina no decretamento do divórcio e na subsequente partilha dos bens comuns.

Na intersecção dos regimes jurídicos do Direito das Sociedades e do Direito da Família surpreende-se uma notória e recíproca *porosidade societária, familiar* e, igualmente, sucessória, cujos contornos o caso *sub iudice* é elucidativo. As regras sobre administração de bens comuns devem ser compatibilizadas com o ente societário em cujo contrato apenas teve participação, na qualidade de outorgante, um dos cônjuges.

De uma maneira sintética, preliminar e em jeito de antecipação de todo o excursus analítico que irei empreender, creio que a ação especial de inquérito judicial ajuizada pelo cônjuge do sócio visa utilizar um meio processual que lhe não é facultado pelo Código das Sociedades Comerciais (CSC).

Na verdade, o autor desta ação usa um meio de tutela jurisdicional do qual não carece, seja no momento em que esteja pendente ação de divórcio, seja em momento posterior — faltando-lhe, a mais de *legitimidade processual*, o devido *interesse processual* ou *interesse em agir* —, seja porque não creio que seja o adequado (havendo outras possibilidades futuras de obter jurisdicionalmente as informações que deseja), seja porque, face à situação hipotizada neste estudo (de cônjuge de sócio, contra quem peticionou o divórcio), ele, autor da ação de inquérito judicial, não necessita obter a tutela judicial da situação subjetiva de credor de um *facere* das sociedades demandadas, dispondo de outros meios para aferir a quantificação e/ou a consistência dos bens

comuns; mais parecendo, ademais, que, em casos desta natureza, a real intenção deste cônjuge consiste, singelamente, numa pretensão de prestação de contas (respeitantes a lapsos temporais anteriores à própria separação de facto) substancialmente dirigido ao atual cônjuge, *faculdade que, estando o divórcio pendente, a lei não lhe reconhece*.

Isto porque — adianto preliminarmente e desde já — parece insofismável que, no quadro da atual redação do n.º 2 do artigo 8.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), *o autor de uma ação de inquérito judicial, enquanto cônjuge* (ou futuro ex-cônjuge) do sócio não adquire, *per se*, a qualidade de sócio da sociedade.

Todavia, somente após analisarmos a situação subjetiva de que o autor deste tipo de ações se arroga titular — *scilicet*, a sua qualidade de sócio pelo simples facto de ser casado com o sócio originário de uma sociedade comercial por quotas — é que estaremos em condições de entender se estão definidas (isto é, no momento da propositura da ação) as condições em que ele pode recorrer aos tribunais peticionando a realização de inquérito judicial.

Assim, neste estudo irei analisar e formular algumas conclusões sobre:

- a) O estatuto de sócio de sociedade comercial, ao qual, enquanto estatuto e posição jurídica, inere um acervo de faculdades jurídicas pessoais (pessoalíssimas) e patrimoniais;
- b) A forma como uma pessoa (humana ou coletiva) pode adquirir, à luz do direito constituído, este estatuto;
- c) As singularidades de o sócio celebrar casamento, antes ou depois de se tornar sócio;
- d) Os *poderes jurídicos* do *cônjuge do sócio* e interferência (direta ou indireta) na vida societária;

- e) A (in)oponibilidade à sociedade do status familiar do sócio que celebrou contrato de sociedade e das vicissitudes da comunhão conjugal (ou as vicissitudes da massa dos bens indivisos entre a data da produção dos efeitos patrimoniais do divórcio e a data da conclusão da partilha) de que a quota societária faça parte, por falta de registo da aquisição de quota a favor do outro cônjuge do sócio originário.
- f) A (ir)relevância perante a sociedade comercial da situação de crise matrimonial do cônjuge que celebrou o contrato de sociedade entre, por um lado, a data da instauração da ação de divórcio e a data do decretamento do divórcio litigioso e, por outro, entre o momento da dissolução do casamento e a data da partilha dos bens que integravam a massa dos bens comuns; isto para o efeito de saber;
- g) Os meios de que o cônjuge (ou ex-cônjuge) daquele que celebrou o contrato de sociedade ou aquele em que a participação tenha advindo em momento posterior ao da constituição do ente societário tem ao seu dispor para avaliar a quota societária, prevenir ou evitar a alienação, oneração da quota a tomada de deliberações simuladas destinadas a diminuir o valor patrimonial da quota;
- h) Se o cônjuge ou ex-cônjuge da pessoa que celebrou o contrato de sociedade goza da faculdade jurídica de exercer o direito (societário) à informação sob a forma processual de inquérito judicial.

III. O estatuto de sócio e o direito à informação

O artigo 21º, n.º 1, alínea c), do Código das Sociedades Comerciais (CSC), respeitante ao conjunto dos “direitos dos sócios”, consagra que “todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato”. Este direito decorrente do *status* de sócio é, do ponto de vista de um *critério funcional*, um *direito de controlo*. É um *direito instrumental* para os sócios obterem, *ultima ratio*, resultados pecuniários. Mas também é um *pressuposto do exercício do direito de voto* em assembleia geral, meio de *legitimação dos investimentos*, forma de *fiscalização da administração e meio de tutela das minorias*¹.

Vale isto por dizer que todos os sócios têm direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato, competindo aos membros da administração, quer sejam gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade, elaborar o relatório de gestão e as contas de cada exercício social, bem como prestar as informações pertinentes

O direito à informação sobre a vida de uma sociedade manifesta-se, em quatro vertentes, seja como direito à informação *stricto sensu*, que permite ao sócio formular questões sobre a vida da sociedade e desta exigir respostas verdadeiras, completas e elucidativas; seja como direito de consulta de livros e documentos em poder da sociedade, por cujo exercício o sócio pode solicitar que a sociedade exiba, para exame, os livros de escrituração e outros documentos descritivos da atividade social; seja, ainda, como *direito de inspeção*, de modo a que o sócio possa vistoriar os bens da sociedade; seja,

¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, *Parte Geral*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 730.

por último, como *direito de requerer inquérito judicial*, exceto quando for de reear que o sócio utilize a informação para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta, salvo se existir disposição diversa nesse sentido do contrato de sociedade (artigo 214.º, n.º 2, do CSC)².

IV. A aquisição da qualidade de sócio de sociedade comercial

A questão dos modos pelos quais um sujeito de direito adquire a *posição jurídica* de sócio (ou titular de uma participação social) no direito constituído português é ancilar de toda a análise que irei desenvolver. Isto porque o titular dessa participação social (*in casu*, respeitante a sociedade comercial por quotas) é sócio dessa (e nessa) sociedade.

A *qualidade* de sócio — pois é de uma *qualidade* ou, melhor, de uma *posição jurídica unitária* ou *estatuto* que estamos a falar, ao que a lei associa e por causa da qual reconhece que esse sócio é titular de um *conjunto unitário* de direitos, obrigações e ónus³ —, como dizia, a *qualidade* de sócio adquire-se:

- a) Por ocasião da constituição da sociedade (por meio de contrato, ato jurídico unilateral ou mediante ato formalmente legislativo) ou em aumento de capital social, aqui onde temos situações de aquisição originária desta posição jurídica;

- b) Em resultado de transmissão *mortis causa*⁴ ou *inter vivos* de participação social, aqui onde se surpreendem aquisições derivadas.
- c) Por causa de aquisição em processo de fusão por incorporação ou, *uno actu*, de cisão/fusão/incorporação.

Uma conclusão já avulta e se faz necessário, desde já, evidenciar: do direito português constituído não decorre, *ex lege*, uma *co-assunção* da qualidade de sócio e da posição unitária que dela deriva — pelo simples facto de um casamento que produza efeitos civis perante a República Portuguesa —, por parte do *cônjuge daquele sujeito que já era sócio* antes de celebrar casamento ou que *se tornou sócio na constância do casamento*.

Poderemos dizer que há uma *tipicidade taxativa* das formas através das quais alguém pode ser ou tornar-se sócio de uma sociedade. O *contrato* de sociedade⁵ (ou o *negócio jurídico unilateral* pelo qual se constitui uma sociedade unipessoal por quotas) é a forma mais utilizada; o *decreto-lei*, também, pese embora o seja no quadro da criação de sociedade de capitais inteiramente públicos.

Assim, é legítimo questionar se quaisquer outras formas de aquisição da qualidade de sócio não expressamente previstas na lei (qualidade, esta, provida de direitos oponíveis diretamente perante a própria sociedade: *v.g.*, *direitos de participação*, *di-*

⁴ No caso de transmissão *mortis causa* de quotas para uma pluralidade de herdeiros, sucede que os contitulares de quota social indivisa adquirem sem dúvida a qualidade de *sócios* — já, assim, veja-se o ac. do STJ, de 29/10/2013 (HÉLDER ROQUE), proc. n.º 3829/11.0TBVCT. G1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

⁵ A isto acresce o acervo de cláusulas estatutárias que bem podem prever (e comumente preveem) o destino de partes sociais em caso de morte de sócio. Sobre isto, cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Transmissão por morte”, in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. por J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 425-440; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Transmissão por vontade dos sucessores”, loc. cit., pp. 441-448; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Pendência da amortização ou aquisição”, loc. cit., pp. 449-457.

² J. P. REMÉDIO MARQUES, “O Inquérito Judicial”, in: *Direito das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. por J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 318-319.

³ O mesmo pode dizer-se da posição jurídica de *cônjuge*, *progenitor*, *filho*, *descendente*, *ascendente*, *berdeiro*, *legatário*, etc., às quais a lei associa um conjunto de direitos e deveres unitários, à luz do *princípio da incidibilidade do status familiae*, do *status filiae*, etc. Diferentemente do que acontece com o estatuto de consumidor, que apenas tange juridicamente o ser com os outros em determinadas situações (*v.g.*, aquisição de produtos ou serviços defeituosos para uso não comercial, uso privado, familiar, etc.).

reitos patrimoniais e direitos de controlo) não infringe o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado (art. 13.º da Constituição), bem como o princípio da tipicidade.

Repare-se no seguinte: se uma participação social é objeto unitário de direitos reais e traduz uma unitária posição jurídica de sócio — situação jurídica complexa que integra poderes creditícios, poderes potestativos e deveres⁶, por isso mesmo com eficácia *erga omnes* —, daqui decorre que a sua constituição ou nascimento somente pode ser admitida nos casos expressamente previstos na lei.

Doutro modo, por exemplo, o usufruto, ou o penhor de participações poderiam vincular e ser oponíveis a pessoas que não contariam com essa vinculação; de outro modo, ainda, poderiam ser admissíveis negócios translativos de partes dos direitos sobre partes de participações sociais (*v.g.*, alienar os direitos de controlo e não os direitos patrimoniais), os quais não são, como se sabe, autonomamente transferíveis.

A sociedade, por sua vez, não pode ficar sujeita a vinculações (e ónus), designadamente o dever de prestar informações societárias a pessoas ou entidades que ela desconhece formalmente que são suas sócias ou são titulares de participações sociais (*maxime* numa época, como a atual, em que é ilícito deter ou ser titular participações sociais *ao portador*).

Não se esqueça nunca que, *em relação a terceiros*, um contrato (designadamente, o de sociedade) só produz efeitos nos casos e termos expressamente previstos na lei (art. 406.º, n.º 2, do Código Civil). O *status familiae* decorrente da comunhão conjugal aqui

onde somente um dos cônjuges celebrou o contrato de sociedade não é, *sic et simpliciter*, oponível à sociedade, exceto se o cônjuge do sócio for também considerado sócio⁷.

O que, no anverso, também quer significar que uma sociedade (*in casu*, comercial) somente pode achar-se vinculada ao cumprimento de deveres, obrigações e ónus relativamente àquelas pessoas ou entidades que, *de acordo com a lei*, são nela titulares de participações sociais ou cujo contrato social estabeleça expressas e precípuas vinculações desta para com terceiros (*v.g.*, quanto aos procedimentos e *iter* de transmissão *mortis causa* de quota societária). Quanto às demais pessoas ou entidades, a vida societária (*v.g.*, os seus negócios, segredos comerciais, movimentos contabilísticos, conteúdo de deliberações sociais, etc.) é (tem de ser) completamente opaca.

Isto sem prejuízo, como veremos, da possibilidade de o cônjuge do sócio poder impugnar certo tipo de deliberações sociais nulas suscetíveis de traduzir a alienação ou oneração de participação social que, força do regime de bens, tenha ingressado no património dos bens comuns.

V. A participação social como bem comum nos regimes de comunhão; os poderes do cônjuge do sócio no âmbito das relações patrimoniais da família

Ninguém hoje duvida que a titularidade de uma participação social adquirida por um dos cônjuges na constância do casamento celebrado em comu-

⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, *Das sociedades*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 204 = 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 472 ss.

⁷ Giuseppe ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in: Il Codice Civile Commentario, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 546, segundo o qual essa oponibilidade à própria sociedade da comunhão conjugal dos dois sócios implica o registro dessa qualidade a favor do cônjuge daquele que já era o sócio, nos termos de uma interpretação extensiva do art. 2470 do *Codice Civile* italiano.

nhão geral ou de adquiridos é um bem que integra a massa dos *bens comuns*; isto é assim mesmo nos ordenamentos que nos são mais próximos e nos quais o CC português tem muitos arrimos⁸.

A administração dessa participação social, cuja *vertente patrimonial* é um *bem comum*, é *exclusivamente administrada pelo cônjuge que outorgou o negócio societário* ou por quem essa participação adveio ao património constituído pelos bens comuns. O n.º 2 do artigo 8.º do CSC é claro neste ponto, ao determinar que o cônjuge do sócio está autorizado a administrar esse bem se o outro (o *sócio*) estiver impossibilitado de exercer essa administração. No anverso, isso significa que, estando o cônjuge que é sócio no pleno exercício fáctico e jurídico das suas facultades, é ele que *goza de poderes exclusivos de administração*⁹.

Se assim é, este cônjuge (o *sócio*), *por força das regras dos regimes de bens*, está autorizado a praticar os atos de *administração* suscetíveis de atingir o valor patrimonial da quota enquanto *administrador exclusivo* desta (não se aplicando o art. 1678.º, n.º 3¹⁰). Designadamente, o cônjuge que assume a *qualidade* e o *estatuto de sócio* (precisamente nas re-

lações com a sociedade) está salvo, não ocorrendo ilegitimidade conjugal, de alienar a quota (mesmo com o consentimento da sociedade, se o pacto o exigir) independentemente do consentimento do outro cônjuge¹¹. E isto é assim mesmo quando essa alienação puder ser considerada, perante as *circunstâncias do caso*, um *ato de administração extraordinária*; outrossim, também não estará impedido de a *onerar* com um direito real de garantia (penhor) ou sobre ela constituir um usufruto.

Vale dizer: estando a participações social na exclusiva administração do *cônjuge sócio* nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do CSC, por analogia, deve aplicar-se essa disposição prevista no artigo 1682º, n.º 2, do CC, por procederem as razões justificativas da regulamentação no caso previsto (artigo 1678.º, n.º 2). Ora, *os poderes do cônjuge administrador vão além da mera administração*. Tais poderes abrangem facultades jurídicas de disposição dos móveis comuns¹² (e, logo dos direitos comuns, como são as quotas societárias), ao abrigo do artigo 1682.º, n.º 2.

É claro, porém, que, na sequência do divórcio entre o sócio e o outro cônjuge, as operações de quantificação do património comum podem envolver o desencadear de *mecanismos informacionais* previstos em geral no artigo 417.º do CPC, os quais podem atingir terceiros que não sejam partes na

⁸ Tb., assim e entre outros, no ordenamento jurídico italiano, cfr. Michela CAVALLARO, in: *Diritto civile*. vol. I. *Fonte, Soggetti, La Famiglia* (dir. N. LIPARI/P. RESCIGNO), Milano: Giuffrè, 2014, p. 200; Fabio FRANCONIERO, in *Trattario di Diritto Civile* (a cura di PAOLO CENDON), Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 260.

⁹ Ac. da Relação do Porto, de 7/11/2005 (JOSÉ FERRAZ), proc. n.º 0535980, acessível em www.dgsi.pt; a doutrina vai no mesmo sentido: cfr. F. M. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*. Tomo I. *Introdução. Direito Matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016, p. 437; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Divórcio, sucessão e participações sociais”, in: *E Depois do Código das Sociedades em Comentário*, Coimbra: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, 2016, p. 113 ss., p. 115 (onde afirmo o seguinte: “Ele [o cônjuge sócio] apenas administra em exclusivo essa posição jurídica inerente à qualidade de sócio, sem prejuízo destes direitos e deveres sociais poderem ser exercidos através de *representação voluntária*”); RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meiro em sociedade por quotas*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Suplemento XXXVIII), Coimbra, 1994, p. 92.

¹⁰ Como é sabido, embora a *vertente patrimonial* da quota societária seja um *direito* avaliável em moeda com curso legal, o regime das coisas

móveis aplica-se com as necessárias adaptações aos *direitos* (art. 205.º, n.º 1, do CC).

¹¹ Tb., neste sentido, JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português — Algumas Questões*, Lisboa: Quid Iuris, 1998, p. 221, p. 227; ac. da Relação do Porto, de 7/12/2005 (JOSÉ FERRAZ), proc. n.º 0535980, disponível em www.dgsi.pt

¹² F. M. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*. Vol. I. 5.ª ed., cit., 2016, p. 444; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família* (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), Coimbra: Almedina, 2020, pp. 202-203; contra, RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meiro em sociedade por quotas*, cit., p. 92, para quem o cônjuge que assume a posição de sócio para com a sociedade administra em exclusivo a participação social, mas apenas está livre de praticar *atos de administração ordinária* que a atinjam.

ação (*in casu*, interessados num inventário para partilha do património comum na decorrência de um divórcio); mecanismos, estes, destinados a apurar o *valor real da participação social* alienada (ou a contrapartida da oneração), visto que o preço de bens comuns alienados ou a contrapartida de bens comuns alienados é também um *bem comum* sujeito a partilha em inventário subsequente (artigo 1724.º, alínea b), *ex vi* do mecanismo da *sub-rogação real directa* contido no 1723.º, alínea a), ambos do CC).

VI. A posição do *cônjuge de sócio de sociedade* e a *cindibilidade dos poderes quanto ao exercício dos direitos societários, em particular o direito à informação*

O artigo 8.º, n.º 2, do CSC estatui que *só o outorgante do contrato de sociedade é sócio*, ou seja, somente o *cônjuge outorgante do contrato* (ou das demais formas de aquisição de participações sociais) tem tal qualidade nas suas relações para com a sociedade.

Diz a lei que “Será considerado como sócio, nas relações com a sociedade, aquele que tenha celebrado o contrato de sociedade” quando a participação social for bem comum por força do regime de bens daquele que celebrou o referido contrato. *Seria difícil ao legislador ser mais claro no sentido de clarificar o regime jurídico anterior, por forma a estendê-lo a todos os tipos de sociedade.*

A clareza espelhada na mera literalidade do sentido e alcance do regime jurídico positivo é tal que o n.º 3 deste artigo 8.º teve a preocupação de tutelar a *posição do cônjuge do sócio* relativamente à sua participação no quinhão social se, por um lado, o regime de bens, segundo a lei civil, for um dos regimes de comunhão — ao estatuir que o *cônjuge do sócio* é o administrador da participação social

em caso de impossibilidade do sócio¹³ — e, por outro, permitindo a salvaguarda dos direitos do *cônjuge do sócio* à participação social, no caso de morte deste, no sentido de poder subingressar na posição do *de cuius* enquanto sócio¹⁴.

Esta norma consagrou uma solução que já vinha sendo adotada no direito anterior ao atual CSC, de 1986¹⁵, constituindo, por conseguinte, uma *norma interpretativa*, integrando-se na lei anterior¹⁶.

Cingindo-me ao caso *sub iudice*, vale isto por significar que nas sociedades por quotas (antes e depois de 1986), a quota entra na comunhão constituída pela massa dos bens comuns, é certo; mas ingressa

¹³ O que também significa que, segundo a lei, a participação social, embora possa ser bem comum segundo o regime de bens adotado ou supletivo, é administrada pelo *cônjuge do sócio* em caso de impossibilidade deste. Se assim é, tal significa que é o próprio legislador que atribui poderes exclusivos de administração a um bem comum (segundo o regime de bens da comunhão geral ou de adquiridos, ou um regime misto) à pessoa do *cônjuge* que assume a qualidade sócio perante o ente societário e somente em caso de impossibilidade deste por qualquer motivo é que atribui os poderes de administração da participação social ao seu *cônjuge*.

¹⁴ Pois, pode bem suceder que o contrato preveja a quota seja transmitida aos sucessores do falecido, conquanto sob certas condições; de entre estes sucessores pode-se surpreender o *cônjuge sobrevivente* (arts. 225.º e 226.º do CSC). E enquanto a amortização da quota ou a sua aquisição, designadamente por este *cônjuge supérstite* não ocorrerem, este *cônjuge* (conquanto com os demais herdeiros que com ele concorram à sucessão) fica salvo de exercer “todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica, nomeadamente votar em deliberações sobre alteração do contrato ou dissolução da sociedade” (artigo 227.º, n.º 3, 2.ª parte, do CSC). Ou seja: *só enquanto sucessor do sócio* nesta situação jurídica de pendência (quanto ao destino da quota na sequência da morte do sócio) é que o seu *cônjuge* poderá exercer todos os direitos de participação, de controlo e os direitos patrimoniais; antes *não*.

Se o *cônjuge do sócio* adquirisse a qualidade de sócio pelo simples facto de o regime de bens ser o da comunhão (geral, de adquiridos ou regime misto) não faria qualquer sentido o n.º 3 do artigo 8.º do CSC preocupar-se, ainda que por via remissiva para outros preceitos do CSC, com este regime da tutela dos direitos do *cônjuge do sócio* em caso de morte deste.

¹⁵ Normas deste tipo devem ser aplicadas mesmo aos atos e factos do passado: no caso, às aquisições de quotas e ao estabelecimento de situações de comunhão matrimonial de bens anteriores ao início de vigência do atual CSC.

¹⁶ No caso uma norma interpretativa do Código Comercial de 1888 e da Lei de 11/04/1901 (sociedades por quotas).

aí apenas como *valor*, e não como síntese ou fonte de direitos e deveres corporativos; não entra como título de aquisição da qualidade de sócio¹⁷.

A quota societária, nos regimes de comunhão, apenas é comunicável quanto ao seu valor económico, que não quanto ao acervo complexo e unitário de direitos e deveres de *natureza pessoal* ou *personíssima*.

Não se esqueça que o direito à informação traduz, sobretudo, uma *posição de cariz pessoal* que integra o *status* do sócio¹⁸, seja do ponto de vista abstrato (de pedir informações), seja do ponto de vista de uma faculdade jurídica concreta de pedir informações face a situações que possibilitem a sua efetivação.

O que vale por intuir, noutra enfoque, que esse complexo de vinculações (de *natureza estritamente pessoal*) relativo à participação social (*in casu*, a quota) é comunicável à pessoa do cônjuge do sócio, conforme decorre, aliás, do regime dos *bens incommunicáveis* previsto no artigo 1733.º, n.º 1, do CC.

Na verdade, a situação jurídica de sócio traduz um acervo *unitário* de poderes e deveres jurídicos conferentes de um *status*, ou seja, de um *modo de ser para com os outros a que o Direito atribui uma específica relevância jurídica*. De sorte que, no caso das sociedades por quotas, a situação jurídica unitária do sócio constitui uma *posição pessoal*: uma *participação estritamente pessoal do sócio que é parte no negócio* jurídico constitutivo societário nessa organização societária por meio do exercício de poderes e a observância de deveres precipuamente previstos na lei por causa do exercício em comum pelos sócios de uma atividade económica.

¹⁷ Já, neste sentido, A. FERRER CORREIA, “Cessão de quota a meio de sócio”, in: *Coleção de Jurisprudência*, Ano XIV, 1989, Tomo IV, p. 33 e ss.

¹⁸ Já assim, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Sociedade*, I, *Parte Geral*, 3.ª ed., cit., 2011, p. 733.

Esta posição jurídica, bem se vê, não pode deixar de ser uma posição estritamente pessoal. E, portanto, é uma *posição incommunicável* do ponto de vista da pertença às diversas massas ou direitos de bens por que se revela o regime de bens de pessoas casadas em que uma delas tenha celebrado o contrato de sociedade, nos termos do artigo 1733.º do CC, aplicável, por maioria de razão, ao regime de comunhão de adquiridos.

Ao abrigo do *princípio da liberdade contratual* (artigo 405.º, n.º 1, do CC) e da regra inscrita no artigo 406.º, n.º 2, do mesmo Código, um sócio não pode fazer entrar como sócio um terceiro numa sociedade.

Repugna até ao bom senso de pessoas razoáveis (sem entrar em considerações mais especiosas acerca da natureza jurídica da sociedade comercial) que, sem a vontade dos restantes sócios, possa alargar-se o âmbito subjetivo de uma sociedade ou fazer de um terceiro (cônjuge ou outra pessoa, mais ou menos próxima) contitular de uma quota subscrita por um dos contraentes (que tenham celebrado o contrato de sociedade).

Por outro lado, já vimos que a posição jurídica do sócio traduz um específico *status*, um conjunto unitário e complexos de direitos e obrigações atuais e potenciais, aí onde se destacam *funcionalmente* os direitos de participação, os direitos patrimoniais e os direitos de controlo. Aqueles *direitos de participação* são *direitos eminentemente pessoais, indissociáveis, incindíveis ou desligáveis da pessoa do sócio* em atenção à *relação de confiança gerada entre ele e os demais sócios* no momento da celebração do contrato e da formação do ente social.

A comunhão que este sócio pode estabelecer com o seu cônjuge na decorrência da adoção de um regime de comunhão de bens (comunhão geral, comunhão de adquiridos ou regime de bens misto

que preveja a comunicabilidade de partes sociais) releva-se apenas na *dimensão patrimonial*. No património comum do casal apenas ingressa, no máximo, a *valor patrimonial da quota*.

E esta vertente patrimonial, embora bem comum, é, como referi, *exclusivamente administrada* pelo cônjuge que figura no contrato como sócio, o qual está livre de praticar quaisquer atos que a atinjam¹⁹, seja atos de *administração extraordinária*, quer atos de *administração ordinária*²⁰. Na realidade, no que tange aos bens móveis a *legitimidade para dispor coincide, em regra, com a legitimidade para administrar*.

Dito de outra maneira: a lei limita-se à atribuição da qualidade de sócio da pessoa de um dos cônjuges nas relações com a sociedade, e não às relações desse sócio com terceiros estranhos à sociedade.

O artigo 8.º, n.º 2, resolve expressamente o problema da *legitimidade para o exercício dos direitos sociais inerentes a participações sociais qualificáveis como bens comuns, retirando a legitimidade para o exercício desses direitos ao cônjuge daquele por quem a participação tenha vindo ao casal*.

Aquele que está identificado como sócio no ato aquisitivo da participação social é que tem legitimidade para agir perante a sociedade, designada-

mente por meio do processo de inquérito judicial, contanto que estejam verificados os demais pressupostos legais.

VII. A jurisprudência antes e depois do advento do CSC

A jurisprudência é praticamente esmagadora no perfilhar desta límpida e justa solução. Vejamos.

Já na vigência do Código Comercial, da Lei das Sociedades por Quotas de 1901 e do CC de 1867, o STJ pronunciou-se, várias vezes, no sentido de que a comunicabilidade ao cônjuge casado em regime de comunhão geral (então o regime de bens supletivo até ao dia 31 de Maio de 1967) da quota se limitava ao quinhão social, *mas não aos direitos pessoais do sócio, aí incluído o direito à informação* (cfr. entre muitos outros, ac. do STJ, de 18/11/1969, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 191, p. 300; *idem*, de 24/10/1969, loc. cit., n.º 190, p. 344; *ibidem*, de 10/05/1966, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 157, p. 282; *ibidem*, de 11/02/1966, loc. cit., n.º 154, p. 353; ac. da Relação de Lisboa, de 6/10/1987, in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XII, Tomo IV, 1987, p. 139; ac. da Relação de Lisboa, de 11/06/1989, loc. cit., ano XIX, Tomo IV, 1989, p. 121; ac. da Relação de Lisboa, de 26/04/1990, loc. cit., ano XV, 1990, Tomo II, p. 166; ac. da Relação de Évora, de 8/10/1992, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 420, p. 674).

Conquanto no domínio deste Código Comercial e da Lei das Sociedades por Quotas, de 1901, ainda pudesse ser algo controvertida a questão de saber se o cônjuge de um sócio se tornava, ele próprio, só por via das regras respeitantes ao regime de bens, titular da participação social e da qualida-

¹⁹ Já, neste sentido, quando a lei atribui a um dos cônjuges poderes exclusivos de administração sobre bens comuns, cfr. F. M. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., cit., 2016, p. 437; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, cit., 2020, pp. 151-152; tb. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 534; ac. da Relação do Porto, 7/12/2005 (JOSÉ FERRAZ), proc. n.º 0535980, acessível em www.dgsi.pt, segundo o qual “O cônjuge sócio, administrador das participações sociais, tem legitimidade para onerar e alienar essas participações sociais, vindas à comunhão conjugal por seu acto exclusivo, sem necessidade do consentimento do cônjuge”.

²⁰ RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meiro em sociedade por quotas*, cit., 1994, p. 92., apenas aceita que esta administração exclusiva só confere ao cônjuge administrador poderes exclusivos para praticar atos de administração ordinária.

de social a ela inerente ²¹ — isto para além da questão, também controversa, da qualificação do novo artigo 8.º, n.º 2, do CSC, como *lei interpretativa do Direito anterior* e, portanto, aplicável às vicissitudes societárias ou aos atos praticados por um dos cônjuges antes da sua entrada em vigor —, esta questão é, hoje, incontroversa.

Com efeito, *de caso pensado*, atentas as controvérsias ocorridas na doutrina e na jurisprudência dos nossos tribunais, o legislador do CSC esclareceu e logo (na Parte Geral deste Código) colocou um termo ao alcance incerto e controvertido dessas questões.

Só é sócio — e titular da referida posição jurídica complexa e unitária de direitos e deveres emergente da qualidade de sócio — apenas aquele cônjuge por quem a quota tenha vindo ao casal. Ou seja: *somente é sócio aquele que outorgou o contrato de sociedade* (ou celebrou o ato jurídico unilateral de constituição de sociedade unipessoal por quotas) ou que posteriormente adquiriu a participação social.

VIII.A dimensão «externa» das relações entre o cônjuge outorgante do negócio societário e o ente social e a dimensão «interna» das relações patrimoniais entre os cônjuges

Faz-se, por isso, necessário distinguir dois planos:

1. o plano das relações jurídicas havidas entre esse outorgante e o ente social (bem como

entre ele e o conjunto dos demais sócios); e

2. o plano das relações patrimoniais havidas entre os dois cônjuges casados em regime de comunhão de bens.

Quanto àquela primeira dimensão problemática *só o cônjuge outorgante do negócio jurídico societário* (originariamente ou por meio de aumento de capital ou outras vicissitudes aquisitivas) é que adquire o estatuto de sócio e o específico modo de ser para com a sociedade e os restantes, ao qual o Direito assinala um acervo de direitos e obrigações (originárias e supervenientes).

No que tange ao *plano das relações jurídicas entre os dois cônjuges* (o que subscreveu o ato societário depois do casamento com o outro em regime de comunhão de bens de adquiridos, como versa a hipótese *sub iudice*), a participação, enquanto valor (e direito de crédito) de natureza patrimonial entra na massa dos bens comuns; não entra nesse património comum como fonte de direitos (de participação e de controlo) e deveres (prestações acessórias, prestações complementares, suprimentos, etc.) consubstanciadores da qualidade de sócio.

O *cônjuge de sócio* (tal como, por exemplo, do usufrutuário de participação social ⁽²²⁾) *não tem, ou não adquire o estatuto de sócio*. Vale isto dizer que a participação *não lhe pertence* — porque foi o outro que celebrou o ato constitutivo do ente social, por meio do qual a participação adveio ao património dos bens comuns.

Esse cônjuge, é certo, *goza dos direitos patrimoniais advenientes de a participação ter entrado na comunhão*, mas não tem a generalidade dos restantes direitos e obrigações que a compõem. Não tem, por exemplo, as obrigações previstas no artigo 20.º do CSC.

²¹ Cfr., no sentido de que a quota adquirida por um cônjuge do sócio, no domínio destes diplomas (já inaplicáveis ao caso *sub iudice* ou a hipóteses similares), constituía um bem comum, de que resultava incidir sobre ela um regime de compropriedade, devendo ambos ser considerados sócios para todos os efeitos, RAÚL VENTURA, “Cessão de quota a meo de sócio”, in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV, 1989, Tomo IV, p. 39 ss.

²² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito Comercial*, Vol. II, *Das Sociedades*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 321 = 7.ª ed., cit., 2021.

Diferentemente do *usufrutuário* de participação social — a quem a lei atribui expressamente amplos poderes societários, não obstante alguma doutrina entenda que este não adquire a qualidade ou estatuto de sócio —, o cônjuge daquele que outorgou o contrato de sociedade (ou o ato jurídico unilateral) não pode impugnar deliberações sociais; de resto, também não pode participar (com voto) nas deliberações sociais.

O casamento do que outorgou o negócio societário constitui assim *res inter alios* para a sociedade e para os demais sócios no que tange ao reflexo desse casamento no estatuto daquele que já outorgou o negócio jurídico constitutivo da sociedade (ou a quem, supervenientemente, adveio a participação social).

Aliás, a *cessão de quotas entre cônjuges* produz efeitos para com a sociedade independentemente de consentimento desta (art. 228.º, n.º 2, CSC)²³, o que por certo não quererá desfrutar de um âmbito normativo apenas circunscrito aos cônjuges casados em regime de separação de bens: na realidade, face a este raciocínio (absurdo), não se colocaria um problema de cessão de quotas entre cônjuges casados no regime de comunhão (geral/adquiridos ou regime de bens misto), já que o cônjuge do sócio seria sócio e o negócio de cessão seria um *negócio de objeto impossível*.

Se o cônjuge do sócio também adquirisse a qualidade de sócio estaríamos apenas perante um negócio pelo qual a mesma pessoa passaria a reunir a qualidade de sócio quando até aí era os dois os titulares da participação social. Não pode ser assim, pois neste caso não haveria uma verdadeira transmissão (total ou parcial). O legislador não

terá querido, por certo, este resultado.

A circunstância de o CSC dispor de um regime de *livre cessão de quotas entre cônjuges* desconsidera exatamente o regime de bens em que o cônjuge cessionário e o cedente estão casados. Isto quanto à eficácia do negócio para com a sociedade.

Na medida em que é sócio apenas a pessoa do cônjuge que celebrou o negócio societário, a *validade* da cessão de quotas (na vigência do casamento) — que não a eficácia deste ato para com a sociedade — pressupõe que só um deles seja o sócio e que a quota esteja integrada no património próprio do cedente; não se põe a questão quando a quota ingressa na comunhão como valor, já que os cônjuges casados em comunhão (fora os casos de separação de bens ou de pessoas e bens, nos casos especialmente disciplinados na lei ou os casos de regime de separação de bens que não seja imperativo) estão impedidos de alienar ao outro bens ou direitos que integram a massa dos bens comuns²⁴.

IX. A jurisprudência no domínio do CSC

Logo após a entrada em vigor do CSC, a jurisprudência das Relações manifestou-se em favor da atribuição da qualidade de sócio ao cônjuge que tenha outorgado o contrato de sociedade: vejamos o ac. da Relação do Porto, de 25/09/1990 (TATO MARINHO), in: *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, Tomo IV, p. 220; ac. da Relação de Lisboa, de 20/03/1997 (LUÍS FONSECA), in: *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo II, 86; ac. da Relação do Porto, de 13/03/2000 (CAIMOTO JÁCOME), *ivi*, 2000, Tomo II, p. 198.

²⁴ Só quando o negócio que ser de base à cessão não seja uma compra e venda ou uma doação é que essa cessão de quota bem comum é válida entre cônjuges casados em comunhão — tb. RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meiro em sociedades por quotas*, cit., Coimbra, 1994, p. 136 ss., pp. 150-151; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.ª ed., cit., 2015, p. 331.

²³ Sobre esta questão, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Transmissão entre vivos e cessão de quotas”, in: *Código das Sociedade Comerciais em Comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 465-468.

De igual sorte, no domínio do novo CSC, de 1986, o ac. do STJ, de 13/12/2000 (SALVADOR DA COSTA), proc. n.º 00100366, acessível em www.dgsi.pt, também decidiu que: “No n.º 2 do art. 8.º do Código das Sociedades Comerciais a Lei distingue, no que concerne à participação social comum por virtude do regime de comunhão de bens adoptado no casamento, a relação entre o sócio e a sociedade e a relação entre o sócio e terceiros, sendo certo que no conceito de terceiros se inclui o cônjuge do sócio.

Como nas relações entre a sociedade e o cônjuge sócio é este que é considerado sócio, inexistente obstáculo a considerar, nesta matéria, a distinção, no que concerne à participação social, a vertente económica, por um lado, e a vertente associativa propriamente dita, por outro.

Assim, enquanto a referida vertente associativa, envolvente, por exemplo, do exercício de cargos sociais, direito de participação nas deliberações sociais e de votação, **não é comunicável ao cônjuge do sócio**, já se lhe comunica a vertente patrimonial societária, e o seu valor económico” — o negrito é meu.

O ac. do STJ, de 25/11/2000 (LOPES PINTO), proc. n.º 3162/00, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 501, 2000, p. 300 ss., também foi claríssimo ao decidir que: “IV — (...) por serem eminentemente pessoais, os direitos de voto, de fazer parte da administração e do conselho fiscal, o de fiscalizar a ação dos administradores ou gerentes e o de impugnar as deliberações, a comunhão que se estabelecer, fruto da comunicabilidade resultante do regime de bens, limitar-se-á à mera percepção e fruição dos frutos ou utilidades normais dos bens postos em comum. V — Por outras palavras, na comunhão matrimonial de bens entra apenas o valor patrimonial da quota, não adquirindo o cônjuge do sócio a qualidade de sócio com todo o corres-

pondente complexo de direitos e deveres pessoais dos sócios. VI — O direito à informação — que pode efectivar-se na prática pela instauração de uma acção especial de inquérito judicial — é um direito extrapatrimonial do sócio e, como tal, não é comunicável ao seu cônjuge. VII — Assim, e atenta a natureza eminentemente pessoal do direito à informação dos sócios de uma sociedade por quotas, não tem legitimidade para intentar uma acção especial de inquérito contra aquela sociedade o cônjuge de um dos sócios, casado em regime de comunhão de adquiridos, acção essa instaurada na pendência de um processo de divórcio pendente à data da sua instauração”.

O ac. do STJ, de 31/03/1998 (GARCIA MARQUES), proc. n.º 97A791, loc. cit., também já decidiu no mesmo sentido: “I — É exigida à requerente do exame da escrituração comercial e dos documentos concernentes às operações comerciais, a prova inicial da sua qualidade de “sócio”, devendo acrescer os seguintes requisitos adicionais: ter-lhe sido recusado o exame e ter o direito de proceder a esse exame.

II — A solução que sacrifique a estrita legalidade à solução que se julgue, em cada caso, mais conveniente e oportuna, não pode dispensar a prova da qualidade de sócio e do requisito relativo à “recusa”.

III — O direito à informação, sendo qualificado como um direito extra-patrimonial do sócio, exerce-se contra a sociedade, posto que seja o gerente quem, dentro da sociedade, deve prestar a informação.

IV — O pedido de informação à sociedade não obriga esta ao seu cumprimento se não for assinado pelo sócio requerente cuja assinatura possa ser identificável pelo destinatário.

V — A “quota social” é sobretudo um direito de participação numa sociedade, *não competindo ao*

cônjuge do sócio mais direitos do que se reconhecem ao associado à quota.

VI — A “*quota social, nos regimes de bens do casamento, só é comunicável quanto ao seu valor económico*” — o itálico é meu.

O ac. do STJ, de 29/06/2004 (AZEVEDO RAMOS), proc. n.º 04A2062, loc. cit., é, igualmente, claríssimo ao decidir que “III — Nas relações com a sociedade, só é verdadeiramente sócio o cônjuge que levou a participação ao casal, não passando o outro, nesse aspecto da vida da participação social, de uma espécie de associado à quota”.

O ac. da Relação do Porto, de 12/07/2017 (RUI MOREIRA), proc. n.º 2903/16.1T8AVR.P1, loc. cit., também decidiu que “enquanto unidade formal dos direitos correspondentes à sua titularidade [a quota], não é objecto de comunhão conjugal, apenas o sendo o seu valor patrimonial “sem que a qualidade de sócio se comunique”.

Outrossim, o ac. da Relação de Guimarães, de 5/11/2015 (MARIA DOLORES SOUSA), proc. n.º 3990/14.2TBBRG.G1, loc. cit., também foi límpido claro ao decidir que “... II — A comunicação por via do regime de bens do casamento não proporcionando ao cônjuge uma posição de sócio, não lhe dá contitularidade na participação e, não havendo contitularidade, obviamente não lhe serão aplicáveis as regras dos arts. 222 a 224 CSC e, muito menos, as da propriedade”; bem como o recente acórdão da relação do Porto, de 22/10/2019 (ALEXANDRA PELAYO), proc. n.º 325/18.9T8VNG.P1, loc. cit., em cujo sumário se pode ler o seguinte: “I — O exercício do direito à informação sobre a Sociedade Comercial e o recurso do inquérito judicial advém da qualidade de sócio dessa mesma sociedade, sendo indissociável dessa posição societária. 2 — O cônjuge do sócio de uma sociedade não tem o direito a obter informações societárias

nem legitimidade para instaurar o correspondente inquérito social à sociedade com vista a obter tais informações, mesmo que a participação social do seu cônjuge seja um bem comum do casal, por força do regime matrimonial de comunhão de bens”.

X. Argumentos adicionais sobre a titularidade da posição de sócio do cônjuge que outorgou o negócio societário e a doutrina após o CSC

O artigo 8.º, n.º 2, do CSC *é uma disposição que visou resolver este problema da aquisição, ou não, da qualidade de sócio para todos os tipos societários*, já que antes do início de vigência deste Código discutia-se se esta solução apenas atingia apenas as sociedades de pessoas, com exclusão das sociedades de capitais. Por isso, sempre a maioria da doutrina e a jurisprudência entenderam que esta norma revestia carácter interpretativo do direito anterior²⁵.

O *valor patrimonial da quota* e a *qualidade de sócio* não se confundem. Os direitos de participação (direitos administrativos, como se dizia) e os direitos de controlo ligam-se à *dimensão da posição patrimonial do sócio* consubstanciada na participação nos lucros e no ativo (ou quota) de liquidação. Ocorre assim um nexo de *dupla instrumentalidade*: um feixe de faculdades jurídicas dirigidas à tutela dos direitos patrimoniais; um outro feixe de faculdades jurídicas atinentes ao funcionamento da organização coletiva societária.

É assim possível (é, aliás, a solução engendrada pelo legislador no quadro do espírito do sistema do direito privado e da tutela da posição dos sócios

²⁵ Aliás, para que este novo regime do artigo 8.º, n.º 2, do CSC revestisse carácter interpretativo não era exigido, tão pouco, que consagrasse uma corrente jurisprudencial ou doutrinária prevalecente; para o efeito bastava uma interpretação defendida no direito pretérito, conquanto não maioritária.

face à necessária tutela das posições jurídicas de outros terceiros que não subscreveram o contrato de sociedade: *v.g.*, cônjuge do sócio; credores do sócio casado; credores do cônjuge do sócio), é deste modo possível, como dizia, cindir a posição e a qualidade (ou estatuto) de sócio, por um lado, no *feixe de direitos e deveres estritamente pessoais* e incommunicáveis em qualquer regime de bens, incluindo um estipulado convencionado em convenção antenupcial e no feixe de direitos e deveres estritamente patrimoniais.

Tanto assim é pensável e admissível a solução da possível cindibilidade da posição jurídica (e do *status*) de sócio, a ponto de o legislador a ter, *de caso pensado*, admitido no quadro do sistema do direito privado.

Com efeito, o artigo 239.º do CSC determina que, em caso de *penhora de quota*, o exercício do direito de voto continua a pertencer ao sócio devedor (ao executado) e não ao depositário (ou seja, não é o agente de execução ou outro terceiro por este indicado que fica com o exercício desta faculdade jurídica); regime descrito, este, que se faz mister, *a fortiori*, de aplicar ao *arrolamento* de quota societária ou qualquer outra providência cautelar inominada de apreensão de quota societária. No mesmo sentido do afloramento desta *dupla face da posição jurídica de sócio* navega o n.º 8 do artigo 214.º do CSC: quando ao *usufrutuário de quota* caiba exercer o direito de voto, esta faculdade tem que ser expressamente prevista; se o não for, mesmo usufrutuário de quota não desfruta deste direito de participação.

Atente-se, ainda, na solução plasmada no n.º 4 do artigo 214.º do CSC: o exercício concreto do direito à informação é estritamente pessoal, já que só o sócio o pode fazer, pese embora esteja livre para se fazer acompanhar de um perito e tirar fotografias.

De resto, a legitimidade processual para requerer a anulação de deliberação social cabe ao sócio ou ao órgão de fiscalização (artigo 59.º, n.º 1, do CSC), o mesmo se estatuinto quanto à destituição de gerentes (artigo 257.º, n.ºs 1 e 4, do mesmo Código). Não se diz que estas faculdades jurídicas processuais cabem também ao cônjuge do sócio.

Aliás, no que toca à deliberação social por voto escrito, a representação voluntária do sócio *só pode* ser conferida ao seu cônjuge e a outras pessoas (art. 249.º, n.º 5, do mesmo Código). Se este cônjuge do sócio adquirisse, *ipso iure* em razão do regime de bens do casamento, o estatuto de sócio, não faria qualquer sentido prever este regime de representação voluntária.

E este regime de representação voluntária dirige-se ao exercício de um direito de participação, o que revela inequivocamente que o legislador *não atribui ao cônjuge de sócio a qualidade de sócio relativamente ao exercício destes outros direitos corporativos ou de participação*, considerando-os, pelo contrário, incindíveis da *pessoa do sócio*, permitindo apenas que possa ser exercido por representantes do sócio, entre eles o cônjuge do sócio. Na medida em que se trata de direitos de natureza pessoal, não podem ser transferidos para outrem (cônjuge do sócio, depositário de quotas penhoradas ou arroladas, administrador de insolvência relativamente a quotas apreendidas para a massa, etc.); apenas se permite, quanto muito, uma situação de *representação voluntária*.

Quanto aos direitos patrimoniais inerentes à quota ou participação social, tanto o depositário e o administrador da insolvência podem (e devem) evidentemente exercê-los, designadamente arrecadar os lucros sociais; e ao *cônjuge do sócio casado num dos regimes de comunhão cabe uma parte desses lucros* (declarados ou os lucros reais).

Atente-se na solução consagrada pelo legislador na *transmissão de quotas por morte do sócio*. Embora as quotas se transmitam nos termos do regime jurídico do Direito das Sucessões, ocorre uma permeabilidade (e intromissão) das regras (legais e convencionais) societárias no fenómeno da transmissão *mortis causa*, mesmo no caso de o beneficiário ser o cônjuge supérstite. Se o cônjuge sobrevivo fosse considerado, *ipso iure* e para todos os efeitos do *estatuto jurídico*, sócio somente pelo facto jurídico do casamento com a pessoa do *de cuius* que celebrara o negócio societário, então se o contrato social não proibisse a transmissão da quota aos «sucessores», não faria qualquer sentido que ao cônjuge sobrevivo *coubesse essa quota enquanto meeiro*, diferentemente do preceituado no artigo 1689.º, n.º 1, do CC; caber-lhe-ia apenas o *quinhão ou valor patrimonial da parte da quota em comum* (por morte do outro) da qual esse cônjuge sobrevivo já fosse titular. Isto só é assim *se tiverem sido os dois a outorgar o negócio societário* pelo qual a(s) quota(s) advieram ao património comum e pelo qual os dois se tornaram sócios e titulares de direitos e obrigações complexas de natureza pessoa e patrimonial.

Em suma, a disciplina do artigo 225.º do CSC, conjugada com o art. 1689.º, n.º 1, do CC) implica que o cônjuge que faleceu, por cuja intervenção no negócio societário a quota se tornou bem comum, seja o sócio; *que o supérstite não era o sócio*. Nestas situações, a quota e a inerente posição jurídica complexa podem vir a caber na partilha a este sobrevivente, na medida em que sejam integradas na sua meação no património comum, ou na medida em que ela a adquira na *qualidade de sucessor* (legal ou voluntário: nesta última eventualidade, a quota (e a inerente posição e estatuto social) é-lhe transmitida por força das regras do Direito das Sucessões.

Mas o agora exposto pressupõe exatamente

que o *sócio seja o de cuius* e o cônjuge do falecido que fora casado num dos regimes de comunhão tenha direito a adquiri-la na partilha do património comum; se a quota era um bem próprio do falecido, pode eventualmente adquiri-la ou na partilha dos bens próprios deste *iure sucessório*. Em qualquer das hipóteses *somente após essa transmissão o cônjuge sobrevivente de torna titular pleno do estatuto de sócio*²⁶.

Repare-se, no mais, que além dos sócios, o CSC tem o cuidado de atribuir expressa e somente o direito à informação ao representante comum dos obrigacionistas (art. 293.º), ao *usufrutuário* e ao *credor pignoratório* quando, por lei ou convenção, lhes caiba exercer o direito de voto.

O cônjuge do sócio não está incluído neste específico e propositado conjunto e pessoas que, por força da situação jurídica em que se colocou, a lei conferiu o direito à informação provido das garantias específicas do CSC, quais sejam: as sanções penais (art. 518.º), a anulabilidade das deliberações (art. 58.º, n.º 1, alínea c), 2, 290.º, n.º 3) e a possibilidade de desencadear a «bomba atómica» das sanções cíveis, isto é, o *inquérito judicial*. Isto também porque as medidas previstas neste processo especial levam a que os tribunais atentem, com cuidado, na verificação dos pressupostos legais do inquérito²⁷.

²⁶ Observe-se que com a morte do sócio, os sucessores parecem tornar-se logo titulares da quota (ou contitulares) e, logo, sócios, mesmo que o contrato de sociedade preveja que a quota não se transmitirá ou que será amortizada. Com efeito, a quota enquanto não for amortizada ou adquirida pela sociedade (dentro de certo prazo) tem que ser de alguém. Essa quota é dos sucessores e eles assumem (em contitularidade) a *posição de sócios*, embora sujeitos a termo resolutivo; todavia, o art. 227.º, n.ºs 2 e 3, determina a suspensão de quase todos os direitos e obrigações inerentes à posição de sócio e titular da quota, de jeito a que os sucessores do sócio falecido não interfiram na decisão (de amortização ou de aquisição da quota pela sociedade), salvaguardando, porém, a possibilidade de eles, sucessores, exercerem os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica, designadamente *o voto em deliberações sobre alterações do contrato ou dissolução da sociedade* (art. 227.º, n.º 3, do CSC).

²⁷ Nestes termos, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Volume II, *Das Sociedades em Especial*, 2.ª reimpressão da 2.ª ed. de 2007, Coimbra: Almedina, 2014, p. 599.

Enfim, se o cônjuge do sócio adquirisse também (e irrestritamente) a qualidade de sócio por força do regime de bens do casamento, não faria qualquer sentido prever, por via remissiva (para os arts. 225.º e 226.º do CSC), a tutela da posição do cônjuge do (sócio) falecido; quer dizer, por morte de um, a titularidade da quota ficaria a pertencer, em exclusivo e *uno actu*, ao cônjuge supérstite, reunindo-se na sua pessoa a qualidade que até esse momento (até ao decesso do outro cônjuge) era partilhada pelos dois. Ora, como é bom de ver, não é essa a teleologia nem o regime destas normas dos arts. 225.º e 226.º do CSC.

Ao cônjuge do sócio somente aproveita a tutela geral do direito à informação de quaisquer interessados, prevista no art. 573.º do Código Civil, designadamente para obter informações no quadro de um processo de inventário para separação de meações onde se integra a vertente patrimonial da quota de que o outro ex-cônjuge seja sócio; por ocasião da celebração de um contrato promessa de aquisição da quota; no quadro de um pacto de preferência na cessão da quota, etc.

Circunstância, esta, que manifestamente não lhe dá o direito de exercitar a referida «bomba atômica» *garantística* do inquérito judicial.

XI. A posição da doutrina

A doutrina navega, quase toda, no sentido de que, ao abrigo do novo regime instituído no artigo 8.º 2 e 3, do CSC, o cônjuge do sócio não adquire o estatuto de sócio²⁸. Ao invés, é sócio e assume o

referido feixe de posições jurídicas ativas e passivas o

Código das *Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 165 ss. (onde afirmo o seguinte: “sócio é somente um dos cônjuges, ainda que a posição jurídica inerente à quota possa ser um bem comum ... Já a vertente patrimonial inerente à posição de sócio e, em regra, um bem comum. Este sócio não se torna um administrador de todos os bens comuns do casal”); J. P. REMÉDIO MARQUES, “Inquérito Judicial”, in: *Código das Sociedades Comerciais e Comentário*, Vol. III, 2.ª ed., 2016, p. 316 ss., pp. 324-326 (onde afirmo o seguinte: “Daí que — sem prejuízo do regime protetor que lhe assiste por ocasião de crises ou de rupturas matrimoniais, que assinalámos na anotação ao art. 8.º deste Código —, não tendo o cônjuge do sócio a qualidade de sócio, a quele carece de legitimidade activa para intentar a ação especial de inquérito judicial”); J. P. REMÉDIO MARQUES, “Divórcio, sucessão e participações sociais”, in: *E Depois do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho: Almedina, 2016, p. 113 s ss., pp. 114-115 (onde escrevo o seguinte: “O sócio é somente um dos cônjuges, ainda que a posição jurídica inerente à quota possa ser um bem comum ... Já a vertente patrimonial inerente à posição de sócio e, em regra, um bem comum. Este sócio não se torna um administrador de todos os bens comuns do casal”); J. H. PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Artigo 1.º a 19.º — Âmbito de aplicação, personalidade e capacidade, celebração de contrato e registo*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 345-348; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 5.ª ed., cit., 2015, p. 323, nota 780 (onde o Autor afirma o seguinte: “A cônjuge falecido pode sobreviver cônjuge (que não era sócio). E a quota daquele pode caber a este enquanto meeiro ...”) — o negro é meu; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação social nas Sociedades Comerciais*, cit., 2005, p. 354, onde o Autor escreve o seguinte: “Também não se aplica a regra do n.º 2 do artigo 8.º quando a participação social seja formalmente adquirida por ambos os cônjuges. Neste caso, deve aplicar-se o regime geral da contitularidade. A *ratio* do preceito é muito clara no sentido de resolver questões de legitimidade que sem ela se suscitariam ...”; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Direitos e Obrigações Inerentes a Quota Indivisa”, in: *Código Das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 395 (onde se lê o seguinte: “Poderemos ainda perguntar se os contitulares da quota são todos sócios. A resposta merece que se faça a distinção entre os casos de propriedade da quota e os de comunhão conjugal ou hereditária. Quanto aos primeiros, inclinamo-nos para considerar que todos os proprietários são sócios. No que diz respeito aos segundos, remetemos para os comentários aos arts. 8.º e 235.º; na verdade, o subscritor do presente Parecer Jurídico é o Autor do comentário ao artigo 8.º do CSC); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS “Sociedades entre cônjuges”, in *Casamento e União de Facto, Questões de Jurisdição Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, novembro de 2020, p. 87 ss., pp. 90-92 (acessível no seguinte endereço eletrónico: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_casamento_uf.pdf); A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, II Volume, *Das Sociedades em Especial*, 2.ª reimpressão da 2.ª ed. De 2007, Coimbra. Almedina, 2014, p. 304, segundo o qual “Em compensação, tal direito [o direito à informação] não assiste ao cônjuge do sócio que não tenha essa qualidade”; tb., ob cit., p. 350; A. MENEZES LEITÃO / JOSÉ ALVES DE BRITO, “Artigo 8.º”, in: *Código das Sociedades*

²⁸ A. de Arruda FERRER CORREIA, “Cessão de quotas a meeiro de sócio”, cit., 1989, p. 35; J. de M. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 441, segundo o qual “nas relações com a sociedade, só é verdadeiramente sócio o cônjuge que levou a participação ao casal, não passando o outro, nesse aspecto fundamental da vida da participação social, de uma espécie de associado à quota”; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Participação dos cônjuges em sociedade”, in:

sujeito que celebrou o negócio societário (ou que teve intervenção posterior na aquisição da participação). Este *cônjuge sócio*, cuja participação social e respetivo *feixe de posição jurídicas ativas e passivas* é, também por isso, o *administrador exclusivo*, no que à *vertente patrimonial* desse bem comum diz respeito no domínio das relações entre os cônjuges (ele, o sócio e outro cônjuge).

A comunicabilidade ocorre apenas no que tangue à vertente patrimonial da participação social em que apenas um dos cônjuges teve intervenção no ato jurídico através do qual a participação se tornou um bem integrado na massa dos bens comuns²⁹.

XII. Os lugares paralelos dos direitos morais de autor, da exploração de farmácia de oficina e da prestação de contas

O mesmo acontece, num lugar paralelo, com a titularidade dos *direitos não patrimoniais de autor* respeitantes a criações imputáveis à pessoa de um dos cônjuges³⁰. Trata-se de *bens ou posições jurídicas incomunicáveis*. Isto é assim mesmo quando a atividade intelectual de um dos cônjuges conduz à criação materializada na obra durante a constância do casamento. A ideia subjacente a esta *incomunicabilidade* alicerça-se na ligação *intuitus personae* ou a *afetação empírica estritamente individual* dos direitos e das situações jurídicas de van-

tagem à pessoa de cada um dos cônjuges.

Na verdade, no campo do *direito de autor*, em particular, julgo que se vislumbram ainda outras faculdades jurídicas *estritamente pessoais* não reconduzíveis a uma dimensão não patrimonial *stricto sensu*: é o caso do direito (e respetivo exercício) de reprodução, *distribuição*, *representação* e *comunicação* ou *colocação à disposição do público em linha* num sítio da *Internet* (por exemplo, o cônjuge do titular dos direitos não patrimoniais e patrimoniais está impedido de, sem o consentimento do primeiro, autorizar a reprodução de exemplares da obra.). Estas faculdades jurídicas *não são de exercício fungível*: não podem, por conseguinte, ser exercitadas isoladamente pela pessoa do cônjuge do titular³¹. Mas, ao invés, já os *proventos da exploração económica exclusiva* de tais direitos resultantes da celebração e cumprimento de contratos de licença ou os proventos decorrentes da sua alienação já integram a massa dos bens comuns.

A aplicação das *regras gerais sobre administração e disposição dos proventos da exploração económica* do direito de autor, dos direitos conexos e dos direitos de propriedade industrial, *enquanto bens comuns* (arts. 1682.º, n.º 2, 1682.º, n.º 4, ambos do CC) — tanto no regime de comunhão de adquiridos quanto no regime de comunhão geral — são o corolário natural de o criador, pessoa humana, ser casado(a). As *constricções e limitações* que o regime de administração e disposição pode colocar ao

Comerciais Anotado, coord. de A. MENEZES CORDEIRO, Coimbra: Almedina, 2011, p. 100.

²⁹ Isto sem prejuízo das situações em que a (vertente patrimonial) participação social, não obstante tenha sido adquirida onerosamente na constância do casamento, desfruta da natureza de bem próprio. Por exemplo, ocorrendo a situação descrita no artigo 1723.º, alínea *v*), do CC. Cf. o acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ, n.º 12/2015, de 2/07/2015, proc. n.º 899/10.2TVLSB.L2.S1, acessível em www.dgsi.pt

³⁰ Nesta *vertente não patrimonial do direito de autor* inclui-se o direito de paternidade ou autoria, direito de conservar a integridade da obra, de retirada da obra, direito ao inédito, o direito de modificar a obra, o direito de destruição da obra ressalvados os interesses de terceiros, direito de acesso a exemplar único na posse de terceiro, etc.

³¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 284, também sustentam que são faculdades próprias as emergentes do art. 67.º do Código do Direito de Autor, e que a administração cabe ao cônjuge que é o titular dos direitos de autor sobre a obra (administração exclusiva); tb. G. BRAGA DA CRUZ, “Capacidade patrimonial dos cônjuges — Articulado e exposição de motivos”, in: *Obras Esparsas*, vol. III, *Direito da Família*, Coimbra, 1984, p. 255 ss.; G. BRAGA DA CRUZ, “Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Regime de comunhão (disposições gerais e regime supletivo)”, in: *BMJ*, n.º 122, 1963, Art. 59.º.

cônjuge criador são naturais e apenas atingem as vertentes da *fruição económica* (*id est*, os resultados ou lucros) das obras de engenho (tuteláveis pela via do direito de patente ou modelo de utilidade, dos sinais distintivos de produtos e serviços (*v.g.*, marcas) e criações artísticas (tuteláveis pelo direito de autor e, cumulativamente, pelo regime dos desenhos e modelos)³².

A pessoa do cônjuge é assim estranha à sociedade de que o outro é sócio; o *cônjuge do sócio deve ser qualificado, para a maioria dos efeitos, como um estranho ou terceiro relativamente à sociedade*. Em particular, no que tange aos *direitos de participação* (nas deliberações sociais e em órgãos de administração e de fiscalização), aos *direitos patrimoniais* (direito de quinhão nos lucros e exigir esse quinhão; direito de preferência e direito à quota de liquidação) e aos *direitos de controlo* (direitos de informação e de ação judicial), o seu exercício e titularidade pertence ao cônjuge que outorgou o ato pelo qual assumiu esta *posição complexa e unitária provida de poderes e deveres sociais*.

O próprio STJ reconhece esta *cindibilidade da dimensão associativa, política ou corporativa do sócio da dimensão patrimonial* da posição deste mesmo sócio, pois, como se afirma no ac. deste STJ, de 29/06/2006 (PEREIRA DA SILVA), proc. n.º 06B1447: “não estando em causa, quando se trata de actos extra-sociais, como os de alienação ou oneração dos bens comuns do casal citados, o interesse da sociedade em que só os que como sócios

figurem intervenham no seu funcionamento, não se antolha como, com valimento, justificar a desnecessidade de consentimento do cônjuge (a quem não se comunica, por lei, a vertente “associativa, política ou corporativa de sócio”, ao contrário do que acontece com a patrimonial, sem embargo de ao cônjuge não sócio, na sociedade, ser lícito exercer, nos termos vazados no n.º3 do art. 8.º do CSC, os poderes do cônjuge sócio, relativamente à vertente patrimonial da posição de sócio, como destacado por Pinto Furtado, in obra cit., págs. 240 e 241) que não é considerado sócio, insiste-se, para a supracitada oneração ou alienação”.

No mesmo sentido, entre outros acórdãos, navega o ac. do STJ, de 3/10/2001 (SILVA SALAZAR), in: *Colectânea de Jurisprudência*, acórdãos do STJ, 2001, tomo III, p. 98 ss., p. 100, coluna esquerda, onde se diz o seguinte: “nas relações com a sociedade, sócio é o cônjuge que tenha celebrado o contrato de sociedade o aquele por quem a participação social ao casal; mas, fora dessas relações, já não será assim (...) Daqui deriva que a lei não impede que, em caso de inventário subsequente a divórcio, a quota social venha a pertencer inteiramente, quer considerando o seu valor económico, quer considerando o aspecto da qualidade de sócio, ao cônjuge que, nas relações com a sociedade, não intervinha como sócio”.

Vejamos, ainda, um outro lugar paralelo. O caso do *estabelecimento de farmácia e a prestação de contas ao outro cônjuge*, especialmente antes de 2007³³, no advento da Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965 (em que o alvará somente podia ser titulado por licenciado em ciências farmacêuticas, mas a farmácia adquirida na constância do casamento e respetivos lucros eram bens comuns).

³² Desenvolvidamente, J. P. REMÉDIO MARQUES, in *Código Civil Anotado*, Livro IV, *Direito da Família*, coord. de M.ª CLARA SOTTOMAYOR, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 455-456 (anotação ao artigo 1733.º). Em sentido um pouco diferente, F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*. Vol. I. 5.ª ed., cit., 2016, pp. 629-631, sustentando que o *valor económico* potencial destes direitos de propriedade intelectual é um *bem próprio* do cônjuge autor ou criador; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, 2020, cit., p. 237 (pelo menos o valor económico do direito à patente, reconhecendo, todavia, que “o valor económico do direito de patente, tal como os rendimentos efetivos da sua exploração, parecem ser bens comuns”).

³³ Ou seja, antes do início de vigência do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto.

O regime jurídico da propriedade de farmácias era então regulado pela citada Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, que estabelecia o *princípio da exclusividade proprietário/farmacêutico*: a transferência da propriedade de farmácias só era legalmente admissível a favor de farmacêuticos ou sociedades em nome coletivo ou por quotas de farmacêuticos, cominando a lei a nulidade dos contratos sobre a transferência da propriedade para não farmacêuticos, e cuja conformação constitucional foi sendo reiterada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional³⁴. Entretanto, foi instituído um novo regime jurídico com o Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto (em vigor desde 31/10/2007), tendo liberalizado a propriedade das farmácias, acabando com o princípio da exclusividade. Ora, a circunstância de a lei, vigente ao tempo, impedir o cônjuge não farmacêutico da atribuição da propriedade da farmácia não afetava o regime da comunicabilidade dos frutos gerados pela sua exploração económica, nem a comunicabilidade das dívidas, se os cônjuges estivessem casados num dos regimes de comunhão de bens. Claro está que o administrador exclusivo deste bem (comum) era (e ainda é, por via de regra) o cônjuge farmacêutico. E o mesmo ocorreu (e ocorre) quando a farmácia se integra no acervo patrimonial de uma sociedade comercial cujo contrato tenha sido outorgado por esse cônjuge farmacêutico.

A farmácia é, como se sabe, um estabelecimento comercial, cujo objeto consiste, *hoc sensu*, na *compra para revenda* de medicamentos. Se estiver integrado na massa dos bens comuns, a farmácia será, em regra, administrada pelo cônjuge que seja o *titular da licenciatura em ciências farmacêuticas*. Se,

nas vésperas de uma ação de divórcio, esta vier a ser arrolada e esse mesmo cônjuge for designado o depositário, sucede que o outro cônjuge está impedido de requerer a prestação de contas relativas à administração deste específico bem comum durante a vigência do casamento.

A ser admitida, tal obrigação de prestação de contas apenas poderá ser atuada após a dissolução do casamento por divórcio (ou separação de pessoas e bens) e o sujeito passivo dela é somente a pessoa do outro cônjuge.

Todos e quaisquer terceiros estranhos à sociedade conjugal não têm o dever de prestar contas. Não se esqueça que a prestação de contas traduz, estruturalmente, uma obrigação de informação. O artigo 1681.º, n.º 1, do CC estabelece o princípio geral de desoneração do cônjuge administrador de bens comuns da obrigação de prestar contas da sua administração, responsabilizando-o, todavia, pelos atos praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. De modo que o cônjuge que administra bens comuns do casal beneficia de um *estatuto especial* no confronto com os restantes administradores de bens alheios, certo que, em regra, não está obrigado à prestação de contas³⁵ senão *após a dissolução do casamento por divórcio*. Isto porque os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da sentença que o declare, mas, no que respeita às respetivas relações jurídicas patrimoniais, retrotraem-se à data da propositura da ação ou à data em que a sentença tenha declarado o início da separação de facto (artigo 1789.º, n.ºs 1 e 2, do CC).

O mesmo é dizer que só poderá ser exigida a prestação de contas se o divórcio vier a ser decretado e, neste caso, as contas a prestar são apenas as *referentes ao período posterior à data da propositura*

³⁴ Cfr., por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 76/85; e o acórdão do mesmo Tribunal n.º 187/01, acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt

³⁵ Já, assim, ac. do STJ, de 03/02/2005 (SALVADOR DA COSTA), proc. n.º 04B4671, acessível em www.dgsi.pt

da ação de divórcio ou, quanto muito, ao período subsequente à data em que o tribunal tenha fixado como início da separação de facto³⁶⁻³⁷. Porém — e não é demais salientar novamente —, a ação de prestação de contas somente pode ser instaurada após o trânsito em julgado da ação de divórcio ou de separação de pessoas e bens ou da decisão da conservatória que tenha decretado o divórcio ou a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, embora as contas respeitem a atos praticados após a instauração da ação (ou após a data em que a separação de facto tenha tido início, conforme a declaração efetuada, na sentença, pelo tribunal), nos termos atrás mencionados³⁸.

Todavia — repete-se —, o sujeito passivo dessa prestação de contas é apenas a pessoa do outro cônjuge e não quaisquer outras pessoas ou entidades — designadamente a sociedade comercial de que o cônjuge administrador da participação social que tenha ingressado nos bens comuns é sócio, como ocorre no caso *sub iudice*. E, por outro lado, o dever de informação do cônjuge administrador é exigível relativamente às vicissitudes de natureza patrimonial dos bens comuns ocorridas após a data em que o tribunal tenha fixado em que a separação

de facto tenha começado, que não antes.

Ora, nas hipóteses de que parti no início deste estudo, não só o autor deste tipo de ações requerer normalmente as informações societárias e contabilísticas anteriores à data do alegado início da separação de facto entre os cônjuges, como também requer a prestação de tais informações a quem não tem a obrigação de as prestar, *in casu*, a sociedade.

XIII. Consequências funestas da admissibilidade da aquisição da qualidade de sócio por parte do cônjuge que outorgou o negócio jurídico societário

Na eventualidade de considerarmos o cônjuge do que subscreveu o negócio jurídico societário como munido estatuto de sócio, deveremos ponderar as consequências práticas desta solução na dinâmica da atividade da sociedade.

Se, designadamente, o cônjuge titular da quota social votar sucessivas deliberações desprovidas do labéu da censura da alienação ou oneração da participação enquanto ato de administração extraordinária sujeita às regras das *ilegitimidades conjugais* do Direito da Família, mal se vê que, *uno actu*, o cônjuge daquele que celebrou o contrato de sociedade ou o que por quem a participação adveio ao casal possa requerer vir requerer a respetiva anulação.

Ora, parece que é precisamente esta situação que o artigo 8.º, n.º 2, previne, acautelando os interesses da sociedade na sua relação com os sócios e seus cônjuges.

Este n.º 2, pelo contrário, retrai-se e já não ambiciona dispor sobre as relações entre estes, as quais são externas à própria sociedade, situando-se, como referi no plano ou dimensão das *relações entre os cônjuges*, em que um deles celebrou o negó-

³⁶ Entre outros, cfr. ac. do STJ, de 8/02/2007 (FERNANDO BENTO), proc. n.º 2625/06-2, acessível em www.dgsi.pt; ac. STJ, de 03/02/2005 (SALVADOR DA COSTA), proc. n.º 04B4671, *supra* cit.; ac. da Relação do Porto, de 3/07/2014 (TERESA SANTOS), proc. n.º 2063/12.7TJPR.T.P1, loc. cit.

³⁷ Observe-se, ademais, que se os cônjuges estiverem casados sob o regime de separação de bens, o cônjuge administrador de bens titulados em *compropriedade* com o outro cônjuge — e cuja *quota albeia também administra* — não está obrigado a prestar contas (*v.g.*, relativamente aos *rendimentos* gerados pelo bem em *compropriedade*) — assim, ac. da Relação do Porto, de 3/07/2014 (TERESA SANTOS), proc. n.º 2063/12.7TJPR.T.P1, in www.dgsi.pt

³⁸ Cfr., neste sentido, o ac. da Relação do Porto, de 24/01/2017 (FERNANDO SAMOES), in: *Colectânea de Jurisprudência*, 2017, tomo I, segundo o qual somente após a dissolução do casamento por divórcio o ex-cônjuge administrador é obrigado a prestar contas ao outro, desde a data da propositura da ação ou da data da cessação da coabitação que for declarada na sentença que o decretar.

cio societário ou poer quem a participação adveio posteriormente ao casal. Neste último plano, deixa o CSC margem regulatória ao CC, em sede de *poderes de administração* dos cônjuges (da participação que entra na massa dos bens comuns por força do regime de regime de bens) e de *ilegitimidades conjugais* respeitantes a eventuais atos de alienação ou oneração da participação efetuados pelo sócio sem o consentimento do outro. Matéria que se surpreende regulada no art. 1682.º, n.º 2, do CC.

XIV. A posição do cônjuge do sócio entre a data do divórcio e a data da partilha dos bens comuns

A partir do o trânsito em julgado da sentença de divórcio, no regime da comunhão geral e da comunhão de adquiridos, deixa de haver um património comum enquanto *património coletivo*.

Creio que a situação passa a ser idêntica (embora não exatamente igual) à da *herança indivisa*. Os bens que integravam o património comum continuam numa situação de contitularidade; mas esta já não é provida das características da *contitularidade de mão comum*, de tipo germânico. A contitularidade é de tipo romano, numa variante próxima da *herança indivisa*, e não da *compropriedade*: a cessação da indivisão opera por meio de partilha (e não através de divisão de coisa comum); e, perante a lacuna, a alienação da meação seguirá segue o regime jurídico da alienação de herança (artigo 2124.º e ss. do CC), e não o da alienação de quota em *compropriedade*³⁹.

³⁹ Tb., entre outros Autores, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., 2008, pp. 576-577; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, 2020, cit., p. 287 (o estatuto conveniente é o da comunhão hereditária, “mas não se aplicam as regras conjugais da administração ou das ilegitimidades conjugais”, embora cada um deles “não possa dispor de metade, em concreto de cada um dos bens que eram comuns”); F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*

Cada um dos cônjuges tem assim a sua meação. Logo, pode requerer a separação das meações, a fim de concretizar, com a partilha, os bens que a passarão a integrar. Faculdade jurídica, esta, de que não goza antes do decretamento do divórcio.

Porém, deve salientar-se que *com o trânsito em julgado da sentença de divórcio os bens comuns continuam a estar integrados num património comum*; tal como já ocorria na pendência do casamento, eles não passam a pertencer aos ex-cônjuges em *compropriedade*; donde, cada um deles não pode, portanto, dispor de metade de cada um desses bens em concreto. Isto porque, antes da partilha, não se sabe com que bens virá a ser preenchida a meação da cada um dos ex-cônjuges⁴⁰.

Deve assim questionar-se se a *indivisão dos bens* subsequente ao decretamento do divórcio do *cônjuge sócio* (aqui onde se surpreende a participação social que era bem comum e agora integra o património ainda indiviso) envolve alguma modificação refletida nas regras respeitantes à administração e ao controlo do exercício dos poderes associativos inerentes ao estatuto ou à qualidade de sócio (*v.g.*, reação contra deliberações sociais anuláveis, deliberações que possam diminuir o valor da quota, oneração ou cessão da própria quota; deliberação de dissolução da sociedade, etc.).

Isto porque à indivisão do património comum após o decretamento do divórcio devem aplicar-se as normas da *comunhão hereditária* e os herdeiros ou cointeressados numa partilha não podem, desacompanhados dos restantes, alienar ou onerar bens ou direitos concretos integrados no património

de Direito da Família. Vol. I, 5.ª ed., cit., 2016, p. 746. Cfr., *infra*, para mais desenvolvimentos relativos à natureza jurídica da comunhão do património comum pós-divórcio, nota de rodapé n.º 43.

⁴⁰ F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*. Vol. I. *Introdução. Direito Matrimonial*, 5.ª ed., 2016, cit., p. 434, p. 746; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, 2020, cit., p. 287.

nio indiviso.

Não creio que estas questões devam ser resolvidas à luz das regras do artigo 222.º e ss. do CSC, no sentido de se fazer necessário designar um *representante comum* da quota.

É evidente que, se os cônjuges intervêm ambos na constituição da sociedade e adquirem uma só quota — ou se adquirem ambos uma quota através de cessão sendo casados no regime de separação de bens —, então já temos uma contitularidade de quota pós dissolução do casamento por divórcio⁴¹.

Esta norma não nos diz quando existe uma situação de contitularidade; ela resolve apenas a questão dessa contitularidade por meio da previsão da existência de um representante comum para o exercício dos direitos inerentes a essa quota.

Vale dizer: não obstante o divórcio ter os mesmos efeitos que a morte quanto à extinção do vínculo entre os cônjuges, todavia ele não tem a virtualidade de transformar em *bem próprio* um bem que até ali fora, por presunção, e continua a ser bem comum do casal. Com efeito, a comunhão dos bens comuns do casal, existentes à data da propositura da ação de divórcio, só termina pela respetiva partilha, nos termos, entre outros, dos artigos 1689.º, n.º 1, 2069.º e 2079.º, todos do C. C.

E nem o futuro (e eventual) divórcio entre o Autor e a 2.ª Ré terá virtualidade de transformar a quota de que ela é sócia numa participação em *contitularidade*, para cujo exercício dos direitos inerentes ao estatuto social de sócio se faz necessário designar um *representante comum*.

Com efeito, creio que não pode pretender-se — ao arrimo do legítimo interesse do ex-cônjuge meeiro (*in casu*, o Autor da presente ação) em prevenir

ou reagir contra a prática de atos intencionalmente de desvalorização ou de extinção da quota — que este ex-cônjuge do sócio se transformar, como que num «passe mágico», em contitular da quota, para todos os efeitos do exercício da posição jurídica ativa e passiva inerente à qualidade de sócio, nomeando-se um representante comum⁴². Não é assim, como também sempre defendi e, além da minha pessoa, muitos outros insignes Autores já expressaram *ex professo* (v.g., os Profs. FERRER CORREIA, ANTUNES VARELA, COUTINHO DE ABREU, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS e o Conselheiro PINTO FURTADO).

O divórcio (de cônjuges casados num dos regimes de comunhão) ou a separação de pessoas e bens e a subsequente divisão de bens até à partilha da massa dos bens comuns *não envolvem quaisquer modificações no que concerne à titularidade da participação social, nem a alteração quanto ao conteúdo (e aos limites) dos poderes de exercitar os direitos e deveres inerentes a essa posição jurídica (de sócio) perante a sociedade e os outros sócios*⁴³.

⁴² Neste sentido, PINTO FURTADO, 2009, pp. 345-346; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Participação dos cônjuges em sociedades”, in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, 2.ª ed., cit., 2016, p. 171; contra RITA LOBO XAVIER, “Participação social e sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do «sócio»”, in: *Nos 20 Anos das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, *Vária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 993 ss., p. 1009.

⁴³ Não obstante a aplicação subsidiária das regras da *compropriedade*, o regime jurídico património comum do casal no tempo que medeia entre a dissolução do casamento e a partilha (art. 1404.º do CC) aproxima-se bem mais das regras e regime da *comunhão hereditária*: depois da dissolução do casamento os bens integram quotas e não pertencem individualizadamente a cada cônjuge, além de que servem, na mesma, de garantia prioritária para as dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges (contraídas antes da cessação dos efeitos patrimoniais do divórcio) — cfr., neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, 2020, cit., p. 287; F. M. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5.ª ed., 2016, cit., p. 746 (que rejeitam a aplicação do regime da compropriedade ao património indiviso pós-divórcio); tb. CRISTINA DIAS, *Do regime da responsabilidade (pessoal e patrimonial) por dívidas dos cônjuges (Problemas, críticas e sugestões)*, Tese de Doutoramento, Escola de Direito da Universidade do Minho, Outubro 2007, p. 686, onde a Autora refere o seguinte: “Entendemos, por isso, e em

⁴¹ Nestes termos, tb. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Direitos e obrigações inerentes à quota indivisa”, in: *Código das sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. III, 2.ª ed., cit., 2016, p. 395.

Quer dizer: o *ex-cônjuge* que outorgou o *negócio societário* continua sócio e somente ele pode exercer os referidos direitos de participação e de controlo; o outro (o *cônjuge* deste sócio) é contitular da participação social (ainda indivisa) juntamente com os demais bens e direitos que permanecem indivisos até à partilha. Consequentemente, quem desfruta dos poderes jurídicos de administração (exclusiva) desta participação social neste *meio tempore* continua a ser o *ex-cônjuge* sócio.

Neste lapso temporal (mais ou menos longo, consoante o oportuno exercício do poder unilateral de requerer a partilha dos bens indivisos pós-divórcio) ocorre apenas uma alteração quanto à (nova) possibilidade de exigir a partilha dos bens indivisos (onde se encontra a quota) ou de dispor da sua quota ideal nesse património indiviso (e tendencialmente) autónomo formado pelos que eram comuns até à produção dos efeitos patrimoniais do divórcio.

Esta situação de indivisão de bens que formavam a massa dos bens comuns não e subsume, como referi, a uma vulgar *compropriedade*; não se confunde esta situação jurídica de indivisão pós-divórcio com a figura da *compropriedade*⁴⁴. Isto porque

primeiro lugar, que a comunhão indivisa deve estar sujeita às regras da partilha sucessória por ser o instituto jurídico que mais se aproxima⁴⁵; e ainda na pág. 690: “Portanto, e concluindo, a comunhão indivisa deve ser objecto de uma regulamentação especial e não a do regime de bens. Como património autónomo que é a melhor regulamentação aproximada da comunhão hereditária” (acessível no seguinte endereço eletrónico: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8132/1/Tese_Doutoramento_Cristina_Dias.pdf = Coimbra: Almedina, 2009, p. 919 ss.); tb. ESPERANÇA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 77-78, pois, à semelhança da herança, a indivisão pós-comunhão é composta de situações jurídicas ativas e passivas, tendo um certo grau de autonomia patrimonial, na medida em que responde prioritariamente por certo tipo de dívidas; o direito dos *ex-cônjuges* altera-se, no sentido de que passa a estar individualizado e quantificado; cada qual dispõe da sua meação, mas continua a incidir sobre um todo (com ativo e passivo) e não sobre bens concretos, assim se diferenciando da *compropriedade*; por último, a sua administração incumbe ao *cônjuge* mais velho, por aplicação da regra prevista para o processo de inventário.

⁴⁴ Tb., neste sentido, ac. do STJ, de 11/10/2005 (SALVADOR DA COSTA), proc. n.º 05B2720, in www.dgsi.pt, nos termos do qual “dissol-

o *ex-cônjuge* não celebrou o *negócio societário* e não foi por ele que a participação adveio ao casal e, agora, ao património (ainda) indiviso.

Estas circunstâncias impedem que qualifiquemos este *ex-cônjuge* como contitular (ou, inclusivamente, como *comproprietário*) da participação social no que respeita, em particular, ao exercício dos direitos sociais e ao cumprimento das corresponsabilidades obrigações. O *ex-cônjuge* meiro não é sócio; sócio é, como vimos, o outro *ex-cônjuge* que foi parte no *negócio societário* ou por quem a participação social adveio ao então *património dos bens comuns*.

Isto não significa, como veremos adiante, que ao *ex-cônjuge* não esteja salvo um conjunto de *faculdades jurídicas destinadas precipuamente reagir contra a prática de atos intencionais de desvalorização ou de extinção da vertente patrimonial da participação social integrada no património indiviso*.

E quanto à posição jurídica complexa e unitária emergente da qualidade de sócio neste *meio tempore* até à ultimação da partilha do património comum?

XV. A posição do cônjuge do sócio entre a data da instauração do processo de inventário e a data da homologação da partilha dos bens indivisos

É certo que a partir da instauração do inventário para separação de meações (onde se inclui a vertente patrimonial de uma participação social), a administração dos bens comuns terá de ficar a cargo do *cabeça-de-casal* e não dos *ex-cônjuges* em conjunto.

Todavia, mesmo que, de harmonia com as regras inscritas no CC, venha a ser designado como

visto o casamento celebrado, segundo algum dos regimes de comunhão de bens, por divórcio, passa o respetivo património de mão comum, até à partilha, à situação de indivisão que não se confunde com a figura da *compropriedade*”.

cabeça-de-casal dos bens indivisos o ex-cônjuge que não é o sócio, (por ser aquele o ex-cônjuge mais velho), mesmo assim sempre entendi que os poderes deste cabeça-de-casal (não sócio) não podem colidir ou conflitar com os poderes (e deveres; ou feixe de direitos e obrigações) do ex-cônjuge que continua sócio⁴⁵⁻⁴⁶ inerentes à sua posição jurídica unitária e complexa decorrente da titularidade da participação social.

O cabeça de casal administra os bens indivisos do património comum *com exclusão da quota societária*, cuja administração continua a caber ao ex-cônjuge que outorgou o negócio societário ou por meio do qual essa quota adveio ao património comum.

Para a sociedade, o ex-cônjuge é (ou continua, ainda, a ser) *o sócio, sendo impositivos quaisquer vicissitudes resultantes da extinção da relação matrimonial do sócio por divórcio*. Só em caso de morte do sócio (ou situação de compropriedade) e até ser decidido o destino (a vida ou a morte) da participação indivisa é que o legislador se refere expressamente à necessidade de designação de *representante comum*. O que bem se compreende *no caso de morte*: a posição (e o estatuto de sócio) terminam com a morte do sujeito que encabeçava esse feixe de direitos e deveres. Como vimos, os sucessores *mortis causa* adquirem, ainda que *ad tempus*, a qualidade de sócios, até que seja definido destino desta posição jurídica, de acordo com as disposições do contrato de sociedade.

Já, pelo contrário, *em caso de divórcio e após o ajuizamento da ação de inventário para separação* (e

concretização) das meações *o sócio é e continua a ser o ex-cônjuge que outorgou o negócio jurídico societário*. Só ele pode participar em Assembleias-Gerais e votar deliberações sociais ou exercer os direitos de controlo por meio de inquérito judicial. Julgar o oposto ainda agravaria os conflitos que o legislador, no art. 8.º, n.º 2, do CSC, terá desejado evitar durante a vigência do casamento.

O eventual cabeça-de-casal não sócio desfruta, evidentemente, dos poderes de administração sobre os restantes bens indivisos, com exclusão dos poderes (e deveres) relativos à quota societária. Donde, é àquele — o qual é e continua a ser o sócio — a quem a lei atribui os poderes exclusivos de administração da participação social cujo destino irá ser decidido na sentença homologatória da partilha.

Nesse íterim (entre a data da instauração do processo de inventário e a data da sentença homologatória deste), *o ex-cônjuge não é contitular do estatuto de sócio*, nem o cabeça-de-casal exercer os poderes de administração sobre a quota se for o sócio; porém, neste último, os poderes de administração sobre a quota são por ele exercidos não por causa de ter o encargo do *cabeçalato*, de ser o cabeça-de-casal, mas, sim, porque é (ainda) o sócio e na medida ou alcance (qualitativo ou quantitativo) em que o é⁴⁷.

Tal como na situação anterior, a indivisão pós-divórcio dos bens que integravam o património coletivo (aí onde se inclui a vertente patrimonial da quota societária) dos bens comuns *não envolve uma alteração da posição jurídica complexa e dos vínculos daquele ex-cônjuge que outorgou o negócio societário*, no sentido de que pós-divórcio não ocorre uma situação de contitularidade ou de indivisão de

⁴⁵ Poderá deixar de o ser se, na sequência do inventário, a quota venha a ser atribuída «em espécie» ao outro ex-cônjuge, se e quando o pacto social permitir esta transmissão, ou a sociedade não deliberar em sentido oposto (v.g., amortizando a participação).

⁴⁶ J. P. REMÉDIO MARQUES, in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2.ª ed., cit., 2016, pp. 170-172.

⁴⁷ Por exemplo, pode não dispor de uma participação social bastante para exercitar certos poderes jurídicos inerentes, em abstrato à qualidade de sócio.

quota no que aos poderes e deveres jurídicos inerentes à pessoa do ex-cônjuge outorgante do negócio societário.

O que me leva a afirmar que o âmbito de normativo de aplicação do artigo 8.º, n.º 2, do CSC extravasa a vigência da sociedade conjugal (em que apenas um outorgou o negócio societário ou, posteriormente, adquiriu a participação social), projetando-se a termo incerto até ao momento do trânsito em julgado da homologação da partilha no processo de inventário⁴⁸ ou até à morte daquele que é considerado o sócio.

Com efeito, somente haverá mutação da qualidade de sócio se, na partilha subsequente ao divórcio, o ex-cônjuge sócio acordar com o outro a transmissão da quota (art. 228.º, n.º 2, CSC) ou uma situação de contitularidade da quota pós-partilha (na vertente da propriedade) sobre a participação social.

XVI. Os remédios ao dispor do (ex)cônjuge do sócio para prevenir ou evitar a alienação, oneração da quota ou a dissolução da sociedade com prejuízo e o direito à informação

O exposto não significa que o cônjuge de sócio não possa reagir, a título preventivo ou repressivo, contra atos de alienação, oneração ou diminuição do valor da quota societária de um sócio, bem como contra atos simulados de dissolução da sociedade, fusão ou cisão. Pode, sim, reagir. Em que termos? Vejamos.

⁴⁸ Isto porque, como referi, a posição de sócio poderá ser encabeçada pelo ex-cônjuge na partilha em caso de inventário subsequente a divórcio, assumindo este *ex novo* essa qualidade, quer na vertente patrimonial da participação social (no seu valor económico) calculado à data da partilha, quer na vertente da qualidade ou posição jurídica pessoal de sócio — tb., assim, ac. STJ, de 30/10/2001 (SILVA SALAZAR, in: *Colectânea de Jurisprudência*, acórdãos do STJ, 2001, Tomo III, p. 98 ss., p. 100, coluna esquerda).

Se e quando, *medio tempore*, o divórcio entre o cônjuge do sócio e a sociedade vier a ocorrer, a quota social de que este é sócio encontrar-se-á por partilhar.

Ora, enquanto não for efetuada a partilha e não for determinado o seu destino, no processo de inventário (então ajuizado já pendente para separação de meações), o ex-cônjuge do sócio não deixa de ter interesse patrimonial nessa participação social e de poder reagir contra os atos que a coloquem eventualmente em causa, ainda que os mesmos hajam sido praticados após a propositura da ação de divórcio, designadamente atos simulados de aumento do capital com a criação de novas quotas a favor de terceiros; oneração da quota, amortização da quota, fusão ou cisão da sociedade, etc.

Se, de alguma maneira, a quota não for adjudicada ao ora cônjuge do sócio *em espécie*, na decorrência da partilha (designadamente porque o contrato social impede esse destino), ele terá direito a ser inteirado (na sua meação) do valor atual da quota (direito de crédito, portanto) reportado à data da partilha⁴⁹, já que a comunhão dos bens comuns do casal, existentes à data da propositura da ação de divórcio, só termina pela respetiva partilha (arts. 2.º, n.º 1, 48.º, 65.º 79.º, do *Regime Jurídico do Processo de Inventário*, aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de março; e arts. 2069.º e 2079.º do CC; veja-se, agora, o art. 1097.º e ss., sobretudo o art. 1133.º, ambos do CPC, na redação da Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro⁵⁰).

⁴⁹ Cfr., tb., ac. do STJ, de 29/06/2004 (AZEVEDO RAMOS), proc. n.º 04A2062; *ibidem*, de 30/10/2001 (SILVA SALAZAR), proc. n.º 989/01, in: *Colectânea de Jurisprudência*, *Acórdãos do S.T.J.*, ano IX, 2001, Tomo III, p. 98.

⁵⁰ Cfr. o art. 11.º desta Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro, segundo o qual o disposto no novo regime do “aplica-se apenas aos processos iniciados a partir da data da sua entrada em vigor [ou seja, 1 de janeiro de 2020], bem como aos processos que, nessa data, estejam pendentes nos cartórios notariais, mas sejam remetidos ao tribunal nos

E para o efeito de ser apurado o então (e futuro) valor desta quota societária à data da partilha, ele poderá lançar mão, que não do processo de *inquérito judicial*, mas, sim, fazer uso dos *mecanismos gerais do direito à informação que aproveitam a qualquer interessado* (art. 573.º do CC), *in casu*, no quadro de um (futuro) processo de inventário, requerendo que o juiz do tribunal competente, onde vier a tramitar o inventário litigioso para a partilha do património comum diligencie junto da sociedade ou de outros terceiros (*v.g.*, instituições financeiras) a obtenção de informações adequadas à avaliação correta da quota societária à data da partilha.

Direito geral à informação, este, que é reforçado com a *tutela processual* decorrente do artigo 417.º, n.º 1, do CPC, segundo o qual “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”.

XVII. Falta de interesse processual / interesse em agir do Autor?

Face ao que anteriormente expendido, poderemos dizer, sem margem para dúvida — tal como os tribunais superiores têm esmagadoramente decidido após a entrada em vigor do CSC —, que *o cônjuge de sócio não desfruta de legitimidade processual*

termos do disposto nos artigos 11.º a 13.º”. Nos termos do art. 12.º, n.º 2, desta Lei, nos restantes inventários, qualquer dos interessados diretos na partilha, no entanto, pode requerer a remessa ao tribunal competente, sempre que: a) Se encontrem suspensos ao abrigo do disposto 16.º do regime jurídico do processo de inventário há mais de um ano; b) Estejam parados, sem realização de diligências úteis, há mais de seis meses. A remessa do processo para o tribunal competente também pode ser requerida, em qualquer circunstância, por interessado ou interessados diretos que representem, isolada ou conjuntamente, mais de metade da herança.

para ajuizar uma ação de inquérito judicial, devendo os réus ser absolvidos da instância.

Mas não deveremos ir mais longe e afirmar que *o direito alegado pelo autor de uma ação de inquérito judicial* não lhe atribui por si só a faculdade de requerer a tutela jurisdicional através *deste meio processual*, na medida em que não carece de tal tutela, por não ser sócio e o direito à informação sobre a consistência e real valor patrimonial da quota societária poder ser obtido mais tarde, por ocasião da partilha do património comum ou indiviso?

Creio que a resposta à questão agora postulada é afirmativa.

A impropriedade ou inadequação do meio processual desencadeado pelo cônjuge de sócio é evidente. Não somente porque este cônjuge, como vimos, não é sócio — só o será se, na futura partilha do património comum, adquirir a referida participação social *em espécie* —, mas, sobretudo, porque, *medio tempore*, ainda não se justifica que recorra aos órgãos jurisdicionais, visto que o divórcio ainda não foi decretado.

Aliás, tão pouco na pendência de ação de divórcio o cônjuge do sócio poderá instaurar *ação de prestação de contas*; esta outra via somente se abrirá após o decretamento do divórcio (e apenas relativamente ao momento a partir do qual se produzirão os efeitos patrimoniais do divórcio). Isto é assim quando os pedidos de informação de elementos contabilísticos e outros da vida da sociedade se reportam a data anterior àquela em que a *separação de facto* entre os cônjuges tenha sido alegada na petição da ação de inquérito judicial.

Ele, cônjuge de sócio, objetivamente e perante os factos que invoca (e a qualidade que reclama), não tem na pendência da ação de divórcio necessidade de tutela jurisdicional para desencadear esta «bomba atómica» do direito societário.

Na verdade, a despeito da designação algo inócua de «inquérito», o artigo 292.º do CSC prevê uma profunda intervenção judicial, a qual pode implicar a destituição dos administradores e a própria dissolução da sociedade⁵¹.

Ao cônjuge de sócio e autor de ação de inquérito judicial ficar-lhe-á, *isso sim e no futuro*, apenas salva a possibilidade de requerer a *prestação de contas* e, no quadro do futuro processo de inventário, de requerer (e obter) a *prestação de informações*, nos termos do art. 573.º do CC.

Porém, como a *falta de interesse processual é um pressuposto que visa, sobretudo, proteger o réu* (e não tanto o interesse público da boa administração da justiça), daqui decorre que o reconhecimento da falta deste interesse cede perante a improcedência da ação.

Vale dizer: o réu (cônjuge de sócio) nunca deve ser absolvido da instância por faltar o seu interesse em agir ou interesse processual sem que o tribunal averigue se nesse momento lhe é possível concluir pela *improcedência da ação*⁵². Ora, se houver elementos que justificam a improcedência desta ação de inquérito judicial, o tribunal deve *absolver o réu do pedido*. Não faz sentido impor a absolvição da instância por falta de interesse processual, visto que o réu (que é protegido pela consagração deste pressuposto) obtém um resultado mais favorável com a improcedência da ação⁽⁵³⁾.

Isto significa que, *não sendo o autor de ação especial de inquérito judicial sócio da sociedade*, ele (ainda) não tem carência de tutela jurisdicional para desencadear este meio processual (função negativa

do interesse processual), *devendo por isso*, em situações deste tipo, a ação ser julgada improcedente e todos os Réus serem absolvidos do pedido.

XVIII. Conclusões

De tudo quanto foi detalhadamente exposto, faz-se necessário retirar as seguintes proposições conclusivas:

1. No domínio do regime jurídico das sociedades comerciais constante do Código Comercial de 1888 e da Lei das Sociedades por Quotas, de 1901, era controverso responder à questão de quem assumia a qualidade ou estatuto de sócio, se e quando a quota adviesse a um dos cônjuges, *maxime* enquanto outorgante do contrato de sociedade. Não obstante, *já então a maioria da doutrina (e da jurisprudência) veiculava a solução segundo a qual, nas relações com os restantes sócios e com a sociedade, sócio era apenas o cônjuge outorgante do negócio jurídico societário.*
2. O atual CSC, de 1986, veio esclarecer, *de uma forma clara e indubitável*, que a posição jurídica de sócio e o feixe complexo e unitário de direitos (direitos de participação, direito patrimoniais e direitos de controlo), obrigações e ónus atuais e futuros do sócio apenas se *precipitam sobre a pessoa daquele cônjuge que tenha celebrado o contrato de sociedade*
3. Se a participação social advier apenas a um dos cônjuges (seja porque foi ele que outorgou o contrato de sociedade, seja porque subscreveu a aquisição da quota em momento posterior ao da constituição do ente societário), *sócio é somente um dos cônjuges, precisamente o outorgante do contrato social ou do negócio posterior, pelo qual a quota adveio ao casal.*

⁵¹ Assim, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Volume II, cit., 2014, p. 598.

⁵² Nestes termos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, O Objecto e a Prona na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex, 1995, p. 108.

⁵³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes*, cit., 1995, p. 108.

4. Durante a vigência do casamento, a *vertente patrimonial* da participação social é um bem comum nos regimes de comunhão (cfr. a translúcida expressão do legislador no início do n.º 2 do artigo 8.º do CSC: “Quando a participação social for, por força do regime matrimonial de bens, comum aos dois cônjuges ...”). A quota societária apenas é comunicável e jaz na massa dos bens comuns quanto ao seu valor económico.
5. As vinculações e as faculdades jurídicas de natureza estritamente pessoal relativo à participação social (*in casu*, a quota) são *situações jurídicas incomunicável à pessoa do cônjuge do sócio*, conforme decorre, aliás, do regime dos *bens incomunicáveis* previsto no artigo 1733.º, n.º 1, do CC.
6. *A pessoa do cônjuge do sócio é estranha à sociedade*, para quem este é um mero *terceiro*.
7. O legislador do CSC gizou, *de caso pensado*, dois planos de situações e relações jurídicas (pois não podia ignorar as regras do Direito da Família, em particular as atinentes à administração dos bens comuns e aos poderes de oneração e disposição destes bens):
 - (a) o plano das relações jurídicas havidas entre esse outorgante e o ente social (bem como entre ele e o conjunto dos demais sócios); e
 - (b) o plano das relações patrimoniais havidas entre os dois cônjuges casados em regime de comunhão de bens.
8. Pelo contrário, *os dois cônjuges já serão os sócios (scilicet, nas relações com a sociedade) se ambos tiverem subscrito o contrato de sociedade* — mesmo se estiverem casados num dos regimes de comunhão — *ou se para ambos adveio essa posição jurídica* (v.g., por alienação gratuita ou onerosa da quota de terceiro, etc.).
9. Assim, o sócio da sociedade é o *administrador exclusivo dessa posição jurídica societária* e do feixe de direitos e deveres, em particular, *nas relações internas entre ele e o seu cônjuge*; aquele *administra em exclusivo a vertente patrimonial* dessa posição plasmada na quota societária.
10. Isto sem prejuízo destes direitos e deveres poderem ser exercidos por meio de *representação voluntária*, o que não é, nem foi o caso.
11. Neste sentido, entre a data da instauração da ação de divórcio e o seu trânsito em julgado, apenas é lícito ao cônjuge que não é sócio lograr ao *arrolamento* dos bens comuns (aí onde se inclui a vertente patrimonial desta participação social, enquanto mero valor suscetível de concretização no inventário subsequente à dissolução do casamento); com exclusão do arrolamento dos bens societários.
12. Muito menos dispõe este (ainda) *cônjuge não sócio* da faculdade jurídica de requerer inquérito judicial, prerrogativa inerente aos *direitos de controlo* de quem, nas relações com a sociedade, é o sócio. *Ou seja, somente o cônjuge sócio desfruta de legitimidade ativa e poderá desencadear este expediente processual, instrumental do direito à informação de qualquer sócio.*
13. O exercício dos poderes do cônjuge sócio (se e quando a vertente patrimonial for um bem comum) é absoluto; é totalmente autónomo e imune à interferência do seu cônjuge (o que não é sócio), designadamente, o cônjuge sócio goza de *legitimidade substantiva para alienar ou onerar, sem o con-*

- sentimento do outro*, as participações sociais que sejam bens comuns e de que tenha a administração.
14. Esta situação não é atingida pelo disposto no artigo 1682.º, n.º 3, do CC, mas sim é-lhe aplicável o disposto no artigo 1682.º, n.º 2: *os poderes do cônjuge administrador vão além da mera administração, abrangendo poderes de disposição ou oneração*. Isto porque a legitimidade para alienar ou onerar corresponde, também no caso *sub iudice*, à legitimidade para administrar.
 15. Mas isto já não é assim após a cessação das relações patrimoniais do casamento: os ex-cônjuges relativamente aos bens indivisos ficam numa situação análogo à da comunhão hereditária, aqui onde o ex-cônjuge sócio continua a ser o administrador da participação social, embora com poderes mais limitados.
 16. Na verdade, no interlúdio compreendido entre a data do decretamento do divórcio e a data do trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha dos bens indivisos (ou do ato consensual de partilha), o ex-cônjuge do sócio (*id est*, o ex-cônjuge meeiro) não passa a ser contitular da participação social. Donde, não tem que ser designado qualquer representante comum.
 17. *Tão pouco nesse íterim a administração da participação social caberá ao cabeça de casal, se já estiver a correr processo de inventário para a separação e partilha* (ou concretização das meações em bens concretos). E tão pouco o ex-cônjuge sócio exercerá os poderes inerentes à participação social como representante comum.
 18. *O divórcio e a subsequente indivisão de bens até à ultimação da partilha* não implicam qualquer alteração das regras respeitantes à administração e ao controlo dos *poderes associativos* por parte do ex-cônjuge que é sócio.
 19. Por exemplo, se o cabeça de casal a quem incumbe a administração dos bens indivisos constantes das meações for o ex-cônjuge não sócio, *o ex-cônjuge sócio conserva o direito de praticar todos os atos respeitantes à posição jurídica ou estatuto que detém perante a participação social de que ele ainda é sócio*. O cabeça de casal administra os restantes bens, direitos e posições jurídicas.
 20. Vale dizer, designadamente, não ocorrem quaisquer modificações no que tange aos poderes quanto à reação contra deliberações sociais anuláveis, deliberações que possam diminuir o valor da quota, a oneração ou a cessão de quota, etc.
 21. Relativamente a tais atos, *o ex-cônjuge meeiro (que não foi nem é sócio) pode prevenir ou reagir contra a prática de atos intencionais de desvalorização ou de extinção da quota*. Isto porque se deve aplicar ao património comum indiviso pós-divórcio o regime da comunhão hereditária, segundo o qual, *inter alia*, um interessado na partilha não pode alienar ou onerar um bem ou direito integrado na indivisão senão com o consentimento dos demais interessados. Não é por isso que este ex-cônjuge se torna automaticamente contitular da participação social.
 22. *Após o decretamento do divórcio* ocorre apenas uma alteração (cujas faculdades jurídicas não estavam ao alcance até aí a esse ex-cônjuge) quanto à *possibilidade de requerer a partilha da participação social* (com a eventual

aquisição *em espécie* para o património ora próprio do ex-cônjuge que não era sócio, se e quando o contrato de sociedade autorizar esta cessão), *ou de dispor da sua quota ideal no património no património* (agora indiviso) formado pelos antigos bens comuns, designadamente por meio de uma *divisão de quota* (art. 221.º, CSC) ou uma *transmissão de quota* (art. 228.º, n.º 2, CSC). Na falta de acordo entre os partilhantes, o ex-cônjuge do sócio apenas pode ser inteirado do *valor patrimonial* da participação correspondente à sua meação.

23. Por tudo isto é bom de ver que *jamaiz caberá ainda cônjuge do sócio, a faculdade jurídica de desencadear inquérito judicial*. As informações necessárias para defender a integridade e o valor patrimonial da sua meação na quota societária que entrou na comunhão e que ficará indivisa com a dissolução do casamento por divórcio *podem ser obtidas por meio de prestação de contas desencadeada após o trânsito em julgado da sentença que vier a decretar o divórcio*.
24. Mais: na decorrência da instauração de subsequente processo de inventário para a separação de meações, o (futuro) ex-cônjuge do sócio está evidentemente salvo de obter todas as informações respeitantes à consistência quantitativa da participação social indivisa, designadamente requerendo que a sociedade (enquanto terceira sobre quem recaem deveres de informação para a descoberta da verdade) *preste as informações necessárias e adequadas à quantificação dessa quota societária, desde a data em que os efeitos patrimoniais do divórcio irão produzir-se*.
25. Isto porque, enquanto não for efetuada a

partilha, o cônjuge do sócio não deixa de ter interesse patrimonial nessa participação social e de poder reagir contra os atos que a coloquem eventualmente em causa, ainda que os mesmos hajam sido praticados após a propositura da ação de divórcio pela sócia, designadamente atos simulados de aumento do capital com a criação de novas quotas a favor de terceiros; oneração da quota, amortização da quota, fusão ou cisão da sociedade.

26. De resto, o (ex)cônjuge do sócio está sempre livre de exercer, nos termos gerais previstos no artigo 573.º do CC, o direito à informação, como qualquer terceiro o pode fazer.
27. *Direito geral à informação*, este, cuja tutela ou garantia processual está prevista no artigo 417.º do CPC, atingindo não só as partes, mas também terceiros (*v.g.*, a sociedade de que o ex-cônjuge seja sócio; outros sócios; instituições financeiras, etc.), ressalvada, evidentemente, a tutela jurídica dos segredos comerciais e a dos direitos de personalidade.
28. Sobejas e substanciais razões se entreveem em casos como os hipotizados no presente estudo (e em outros que suscitem as mesmas questões) para denegar rotundamente o exercício da «bomba atômica» do inquérito judicial ao ainda cônjuge de sócio. Falta, por conseguinte, ao a esse cônjuge legitimidade processual para desencadear este inquérito, com a consequência da absolvição dos Réus da instância.
29. Aliás, em bom rigor, na pendência de ação de divórcio o cônjuge do sócio tão pouco desfruta de *interesse em agir*, de *carência de tutela jurisdicional* (o qual deve ser autonomi-

zado do pressuposto da legitimidade processual)) para lograr satisfeita a pretensão que exhibe. Vale dizer: uma vez que o interesse processual é um pressuposto visa proteger o réu, este não deve ser absolvido da instância por falta deste interesse, *se o Tribunal puder concluir pela improcedência da ação e, logo, pela absolvição do Réu do pedido.*

30. Desde que haja elementos — no sentido de considerar que somente um dos cônjuges é sócio e o inquérito judicial, enquanto *ultima ratio*, somente pode ser desencadea-

do pelos sócios e, eventualmente, pelo usufrutuário ou o credor pignoratício de quota — que podem levar a concluir pela improcedência da ação de inquérito judicial, não faz sentido impor a absolvição dos réus (id est, do sócio e da sociedade) da instância em razão da falta deste pressuposto, uma vez que a sua finalidade é precisamente proteger os réus. E estes obterão com este resultado da improcedência da ação um resultado que lhes é mais favorável.

O ENCARREGADO DE EDUCAÇÃO: ALGUMAS NOTAS A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2016 [PROC. N.º 389/14.4TMFAR.E1]

Rossana Martingo Cruz

Professora equiparada a Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho; Professora Adjunta convidada na ESG/IPCA; Investigadora no JusGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação

Resumo: *Embora seja de uso corrente nas comunidades escolares portuguesas, a figura jurídica do encarregado de educação levanta algumas questões na sua configuração jurídica bem como na sua harmonização com o regime das responsabilidades parentais previsto no Código Civil. Além disso, não raras vezes, os progenitores não conseguem alcançar entendimento sobre quem exerce esta função de elo de comunicação com a escola. Nestes casos, será necessário compreender qual o alcance da função desta figura e qual a sua incumbência legal. Aproveitamos o ensejo para encetar uma análise crítica desta problemática, partindo do caso relatado e decidido no acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de novembro de 2016.*

Palavras-chave: *Responsabilidades parentais; encarregado de educação; questões de particular importância; atos da vida corrente.*

Abstract: *Although it is common in the Portuguese school communities, the figure of the ‘educative/school guardian’ (the parent/guardian that is the direct link with the school and teachers), raises some questions in its legal configuration as well as in its harmonization with the Portuguese Civil Code, regarding the parental responsibilities’ regime. In addition, parents often fail to reach an understanding of who exercises this role. In these cases, it will be necessary to understand the aptitude of this function and its legal framework. We started this critical analysis from a judicial decision regarding this figure and then we widen the scope.*

Keywords: *Parental responsibilities; guardian; parenting decisions; school related decisions*

1. Apresentação da problemática e do acórdão

A premissa deste pequeno texto subjaz na dificuldade prática de harmonização da figura do encarregado de educação e das normas respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais no Código Civil.

O encarregado de educação é uma figura de uso corrente nas comunidades escolares funcionando como um elo de ligação entre a escola, o aluno e a família. Em princípio, caberá a algum dos progenitores esta incumbência¹. Vários diplomas do foro educacional mencionam e ilustram as especificidades deste interlocutor pedagógico. Todavia, em alguns pontos, parece existir uma divergência entre o previsto nesses diplomas e o regime consagrado no Código Civil. A questão adensa-se, sobretudo, quando existe conflito e/ou dissociação familiar.

Para melhor analisarmos a problemática decidimos partir de um caso real, já decidido pelo tribunal, de modo a demonstrar-se a premência e atualidade da temática.

Elegemos, para o efeito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de novembro de 2016, Processo n.º 389/14.4TMFAR.E1². Este

¹ Nem sempre assim o será, o que também pode levantar algumas dubiedades jurídicas. Mais adiante referiremos brevemente esta questão, ainda que não seja o tema central deste estudo.

² Disponível em www.dgsi.pt.

aresto não trata somente da disputa que vamos aqui apresentar mas, para efeitos desta breve reflexão, iremos atentar apenas no diferendo sobre o encarregado de educação.

No caso *sub judice*, o Ministério Público – em representação da menor AA – intentou uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais atendendo à inexistência de acordo entre os progenitores daquela. Tendo sido realizado julgamento, foi proferida sentença que, entre outros aspetos³, determinou:

«1. Exercício das responsabilidades parentais

- a) *Fixa-se a residência da menor junto da progenitora;*
- b) *O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente da menor incumbe à mãe, exercício que também competirá ao pai, quando temporariamente a menor com ele estiver, não podendo ele contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como são definidas pela mãe;*
- c) *O exercício das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida da menor (v.g. residência no estrangeiro, intervenção cirúrgica programada, opção pelo ensino público ou privado) são decididas de comum acordo por ambos os progenitores.. (...)»*

O pai recorreu desta sentença pugnando por uma alteração em vários pontos. No que nos aqui importa, pediu a seguinte alteração:

« 1- O direito do progenitor participar em todas as orientações educativas da AA e de ser também ele encarregado de educação.»

Importará referir, sumariamente, a matéria de facto dada como provada (que não traz especificidades de maior face ao caso). Seleccionamos apenas alguns pontos para melhor enquadrar a situação concreta:

«1- A criança AA nasceu a 6 de Dezembro de 2010 e é filha dos requeridos;

2- Os requeridos vivenciaram união marital, encontrando-se separados desde Março 2014, tendo a criança, após a separação dos pais, ficado ao cuidado da progenitora;

3- A requerida constitui agregado familiar abrangente do seu actual companheiro e da menor em causa; (...)

10- A criança frequentou o Infantário “Casa ...” em Loulé (a que correspondia a mensalidade de € 120,00), encontrando-se no corrente ano lectivo (2015/2016) a frequentar o Jardim de Infância n° ... de Loulé (do Agrupamento de Escolas ...).

11- A progenitora mostra-se apta a continuar a assumir os cuidados de que a criança necessita, estabelecendo um relacionamento afectivo de proximidade com a filha. (...)

13- A progenitora trabalha perto do infantário frequentado pela criança, sendo normalmente a mãe quem a leva àquele estabelecimento e a recolhe;

14- Quando a progenitora não tem disponibilidade, a recolha da criança é efectuada pelos avós ou pelo tio materno; (...)

16- A progenitora é uma mãe muito atenta e preocupada com a filha, promovendo contactos permanentes da AA com o requerido. (...)

18- O progenitor integra agregado familiar abrangente do cônjuge (com o qual coabita desde Abril de 2014, tendo contraído casamento com a mesma em 26/7/2014) e filha desta, residindo em habitação V3 com condições de habitabilidade optimizadas, dispondo a criança AA de quarto individual. (...)

22- Actualmente o progenitor tem convivido com a filha em fins de semana alternados e à quarta-feira vai buscá-la ao infantário, pernoita com ela, entregando-a na escola no dia seguinte.

23- O progenitor contacta diariamente por telefone com a criança;

24- A AA é uma criança saudável, feliz e com desenvolvimento adequado à sua idade;

25- A criança revela vinculação afectiva em relação a ambos os progenitores;

26- Os progenitores revelam dificuldades de comunicação; (...)

Pela análise da factualidade dada como provada conseguimos compreender que a criança frequenta o ensino pré-escolar e que tem uma relação próxi-

³ Que não iremos escarpelizar. Transcrevemos só os aspetos relevantes para a análise que nos propomos fazer. Naturalmente que nesta regulação das responsabilidades parentais existem outros pontos, por exemplo, referentes a visitas, alimentos, etc., que não referiremos.

ma com ambos os progenitores; sendo que estes, por sua vez, têm um relacionamento difícil. Razão pela qual se pode tornar especialmente intrincada a questão do encarregado de educação, como veremos.

Foquemos agora na problemática da escolha do encarregado de educação.

Note-se que a sentença não tratou diretamente esta questão limitando-se, em termos gerais, a reproduzir os n.ºs 1 e 3 do art. 1906.º do Código Civil⁴ aplicando-os ao caso concreto (cfr. als. b) e c) da sentença). Isto é, usando o *binómio*: questões de particular importância e atos da vida corrente. Importará saber onde, neste espetro, podemos enquadrar a escolha do encarregado de educação. É o que nos propomos tratar.

2. O encarregado de educação no âmbito das responsabilidades parentais

O encarregado de educação tem contornos legais ajustados à especificidade da sua figura. Embora seja um interlocutor habitual nas comunidades escolares, nem sempre as mesmas demonstram compreender a complexidade legal no seu entorno. Questão ainda mais exigente quando fazemos a sua análise também na órbita das responsabilidades parentais, tal como estas estão previstas no Código Civil.

2.1. O exercício das responsabilidades parentais – nótula breve

Relembremos que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, trouxe importantes alterações no âmbito das responsabilidades parentais. Além da mudança terminológica (de «poder paternal» para «responsabilidades parentais»), o seu exercício também sofreu uma evolução.

⁴ Todas as normas legais citadas, sem qualquer outra referência, reportam-se ao Código Civil.

O exercício das responsabilidades será distinto consoante os pais vivam juntos ou não⁵. Isto é, se são casados ou unidos de facto; ou se estão divorciados, separados de facto ou dissolveram a união de facto por rutura.

Se os progenitores são casados ou unidos de facto, o exercício das responsabilidades parentais pertencerá a ambos (n.º 1 do art. 1901.º e n.º 1 do art. 1911.º). Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 1901.º, os pais devem exercer as responsabilidades de comum acordo e, caso ocorra alguma discordância quando às questões de particular importância, qualquer um deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação. Se esta conciliação não for possível o tribunal decidirá devendo, para tal, ouvir o menor sempre que possível, exceto quando circunstâncias sérias o contraíndiquem (n.º 3 do art. 1901.º). O legislador prevê um exercício conjunto das responsabilidades parentais presumindo quase sempre uma harmonia simbiótica na organização da vida da criança. Pese embora o legislador antecipe esta cooperação e participação, também conjectura a possibilidade de desacordo. Os progenitores, não obstante a vivência em plena comunhão de vida, são seres autónomos dotados de vontades e perspetivas próprios. E, como tal, nem sempre irão concordar na forma de atuar nas questões relativas aos filhos. Nessa medida, o legislador ressalva a possibilidade de se recorrer a juízo quando a dissonância ocorra nas situações de natureza mais premente da vida da criança.

Além disso, o Código Civil acautela ainda a circunstância de um dos progenitores agir sozinho no âmbito das responsabilidades parentais (ainda que

⁵ Para efeitos deste texto, focar-nos-emos somente na dicotomia: pais juntos vs. pais divorciados/separados. Naturalmente que existem muitas outras realidades a considerar, por exemplo, quando existe o exercício das responsabilidades parentais por um terceiro (nos casos previstos nos arts. 1903.º, n.º 2 do 1904.º; 1904.º-A).

seja casado ou unido de facto com o outro progenitor). Se um dos pais praticar um ato que integre o exercício das responsabilidades parentais, supõe-se que agiu de acordo com o outro progenitor. Existem, contudo, limites a esta presunção de assentimento. Assim, se a lei exigir expressamente o consentimento de ambos ou se se tratar de um ato de particular importância, não se poderá pressupor a anuência. A falta de acordo não é oponível a um terceiro de boa-fé (n.º 2 do art. 1902.º). Quando não seja de presumir o acordo – isto é, nas questões de particular importância – ou se conhecer a oposição do outro progenitor, o terceiro deve recusar-se a intervir no ato praticado por um dos pais (n.º 3 daquele art. 1902.º).

Ora, logo aqui percebemos que este regime pode trazer algumas dificuldades práticas: se considerarmos que a maioria das escolhas sobre a educação podem ser questões de particular importância será, conseqüentemente, exigível o acordo de ambos os progenitores.

Nem só nas situações de dissociação familiar – como o divórcio ou separação – podem surgir conflitos relativos às opções educativas e formativas dos filhos. A plena comunhão de vida não acarreta uma plena comunhão de pensamento, daí que o legislador tenha acautelado a possibilidade de divergência também nas situações de progenitores que vivem juntos. Mesmo não existindo um conflito entre estes, o legislador entendeu determinar que certas decisões, consideradas de maior importância, devem ser tomadas de comum acordo, não podendo este ser presumido.

Vejamos agora o cenário quando os pais são divorciados ou separados (cfr. art. 1906.º, n.º 2 do art. 1911.º e n.º 1 do art. 1912.º). Nestes casos, ambos os pais devem decidir de comum acordo no que se refere aos atos de particular importância; os

atos da vida corrente são decididos pelo progenitor com quem o filho vive habitualmente ou pelo progenitor com quem ele se encontra temporariamente (n.ºs 1 e 3 do art. 1906.º).

A doutrina e a jurisprudência apontam como questões de particular importância aquelas que implicam uma maior alteração na vida da criança e que carecem de uma ponderação acrescida, tais como decisões sobre a saúde, educação e representação do filho: intervenções médico-cirúrgicas, saídas para o estrangeiro, escolha do estabelecimento de ensino, orientação profissional, autorização para o casamento de filho maior de dezasseis anos⁷, apresentação do menor em juízo, participação em programa de televisão, entre outros⁸. É impossível

⁶ A Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, veio alterar os n.ºs 6 e seguintes deste art. 1906.º e consagrar, expressamente, a possibilidade de residência alternada. Assim, sem prejuízo deste aparente ‘arquétipo’ enunciado nos n.ºs 1 e 3, o – agora – n.º 6 passa a estabelecer que:

“Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.”

Note-se que o n.º 7 (na versão anterior à alteração dada por esta Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, correspondendo – agora – ao n.º 8), continha uma espécie de cláusula geral ao estabelecer que o tribunal decidirá sempre tendo em conta o interesse do menor incluindo o interesse que este terá em manter uma relação próxima com ambos os progenitores, devendo promover e aceitar acordos que favoreçam um amplo contacto com ambos os progenitores e uma partilha de responsabilidades. Antes da sua consagração expressa, era na amplitude desta disposição legal que se encontrava a abertura necessária ao modelo de residência alternada.

⁷ Nos termos do art. 1612.º do Código Civil e arts. 149.º e 150.º do Código do Registo Civil.

⁸ «Tratam-se de questões relativas à educação, saúde, formação religiosa. Será este o entendimento a seguir para aferir a mesma expressão à luz do novo art. 1906.º». CRISTINA DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 49-50. Concordamos, por isso, com o contributo para uma maior concretização legislativa aventada por HUGO RODRIGUES quando sugere um aditamento ao Código Civil com um preceito legal que (através de um elenco meramente exemplificativo) incorpora como atos e questões de particular importância: a segurança e a integridade física do menor, a sua saúde, educação escolar e religiosa, a sua mudança

contemplar todas as situações que possam consubstanciar uma situação de particular importância, daí que o legislador tenha optado por um conceito indeterminado, abrangente o suficiente para que a doutrina e jurisprudência o possam preencher com exemplos e situações com que se vão deparando. Por sua vez, os atos da vida corrente são aqueles que concernem ao dia a dia. Que, atendendo à sua índole rotineira, o seu exercício compartilhado traria dificuldades decorrentes da recapitulação de determinados atos, sendo inexigível uma atuação conjunta a todo o tempo (que, face à não comunhão de habitação por parte dos pais, seria impraticável). Estaremos a considerar, como ato da vida corrente, todos os atos que preenchem a sua rotina diária (ex: a que horas toma as refeições, a que horas faz os trabalhos de casa, a sua higiene diária, o seu tipo de alimentação, a ocupação casual⁹ dos tempos livres, o vestuário, o calçado, o acompanhamento nos trabalhos escolares, as consultas médicas de rotina, etc.).

Se algum dos progenitores não exercer as responsabilidades parentais, no todo ou apenas em parte, terá ainda assim o direito de informação sobre a vida do seu filho (n.º 7 do art. 1906.º). Veja-se que o legislador parece preocupar-se com um entrosamento dos pais na vida do seu filho, mesmo quando não exerçam as responsabilidades parentais.

Estas breves considerações sobre o regime do exercício das responsabilidades parentais – e, em particular, da necessidade de acordo nas questões

de particular importância – perante as situações de progenitores casados, unidos de facto, divorciados ou separados, serão importantes para a observação que nos propomos fazer de seguida.

A configuração do encarregado de educação encerra em si uma miríade de decisões que podem qualificar-se, muitas vezes, como determinações de premente relevância para a vida do filho. Sem prejuízo, é uma figura singular que levantará algumas dúvidas na sua conformação com o exarado no Código Civil.

Analísado sumariamente o exercício das responsabilidades parentais, atentemos agora no encarregado de educação para melhor sermos capazes de tecer considerações sobre o acórdão em estudo.

2.2. A figura do encarregado de educação

O encarregado de educação serve como um elo de ligação (ou como uma ponte) com a escola. É necessário que a criança tenha um adulto responsável pelo seu acompanhamento escolar e que sirva, em muitos momentos, de timoneiro do seu percurso. A envolvimento legal desta figura tem as suas especificidades que iremos, de seguida, escarpelizar.

A educação é uma preocupação com caráter constitucional¹⁰ e a instrução escolar é uma componente essencial da formação de um futuro adulto. Como tal, importará dotar o sistema educativo de mecanismos que atestem o seu bom funcionamento. É nessa premissa que surge o encarregado de educação. Importa que os todos os educadores que norteiam a vida da criança (quer no ambiente

residência, etc. HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Centro de Direito da Família, n.º 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 187-188.

⁹ Não sendo a ocupação meramente casual, ou fortuita, pode configurar uma questão de particular importância, como endereçaremos mais adiante.

¹⁰ A Constituição da República Portuguesa consagra a liberdade de aprender e ensinar, bem como o direito à educação (arts. 43.º e 73.º e ss.). A Lei de Bases do Sistema Educativo destaca os mesmos valores (art. 2.º da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro – com as alterações das Leis n.ºs 115/97, de 19 de setembro, 49/2005, de 30 de agosto, e 85/2009, de 27 de agosto).

familiar, quer no ambiente escolar) sejam capazes de dialogar e cooperar. Nessa medida, importará eleger um interlocutor para essa tarefa nos dois contextos (escolar e familiar).

O papel de encarregado de educação surge, de modo especialmente destacado, em dois diplomas que usaremos para esta análise: o Estatuto do Aluno e Ética Escolar (Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro¹¹) e o Despacho Normativo n.º 6/2018 dos Gabinetes da Secretária de Estado Adjunta e da Educação e do Secretário de Estado da Educação, de 12 de abril de 2018, com a redação dada pelo Despacho Normativo n.º 10-B/2021, de 14 de abril, e pelo Despacho Normativo n.º 5/2020, de 21 de abril. Este diploma estabelece os procedimentos de matrícula e frequência no âmbito da escolaridade obrigatória das crianças e jovens entre os seis e os dezoito anos¹². O suprarreferido despa-

cho normativo aplica-se aos agrupamentos de escolas e às escolas não agrupadas da rede pública (al. a) do n.º 2 do art. 1.º); aos estabelecimentos de ensino particular e cooperativo com contratos de associação (al. b) do n.º 2 do art. 1.º); e a outras instituições de educação ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, designadamente às escolas profissionais privadas com financiamento público (al. c) do n.º 2 do art. 2.º). Como tal, abrangerá, em princípio, todas as crianças em idade escolar e que frequentemente um estabelecimento de ensino.

O supra aludido despacho define o conceito de encarregado de educação na al. a) do n.º 1 do art. 2.º, nos seguintes termos:

1906.º) mas parece-nos que delegar, *tout court*, a função de encarregado de educação (com toda a amplitude de tarefas que nele recaem, algumas de indubitável importância) excede esse âmbito. O acompanhamento da vida escolar do menor é uma questão fundamental na sua vida. Assumir a função de encarregado de educação não decorre da delegação de atos da vida corrente prevista no regime de exercício das responsabilidades parentais. Para os atos da vida corrente, achamos que o legislador teria em mente situações rotineiras, sem qualquer implicação de fundo no desenvolvimento pedagógico-formativo do educando menor. Por exemplo, levar e trazer da escola, supervisionar os trabalhos de casa, auxiliar nos hábitos diários de higiene, providenciar a alimentação, etc. Estas são as tarefas delegáveis no âmbito da vida corrente do menor, não se coadunando com a assunção de um papel de destaque e de comando, como decorre da figura do encarregado de educação.

Ora, não raras vezes, esta delegação da competência do encarregado de educação era usada com motivações fraudulentas atendendo aos critérios de prioridade ou desempate na matrícula ou renovação de matrícula, uma vez que a área de residência e/ou profissional do encarregado de educação será atendível nesses critérios de prioridade. Como tal, verificava-se esta delegação de competências para um terceiro que residisse ou trabalhasse na área da escola da preferência dos progenitores para que a criança pudesse aí encontrar uma vaga. Mais tarde, após a matrícula e o início do ano escolar, os progenitores revertiam esta delegação ('avocando' a si novamente esta competência).

Evidenciando a existência este '*modus operandi*' abusivo, o Despacho Normativo n.º 6/2018, de 12 de abril, veio exigir que se comprovasse que o encarregado de educação residia com a criança. Para tanto, será necessário apresentar os dados relativos à composição do agregado familiar validados pela Autoridade Tributária. «Esta prova deve ser apresentada não só no ato da matrícula, mas também sempre que haja mudança de ciclo e/ou transferência de estabelecimento.» (cfr. preâmbulo do referido Despacho, bem como arts. 10.º, 11.º e 12.º do mesmo diploma, com as alterações do Despacho n.º 5/2020).

¹¹ Com a retificação n.º 46/2012, de 17 de setembro.

¹² Este despacho de 2018 introduziu alterações que visaram garantir a transparência e o combate à fraude nas matrículas, em particular, no quadro da utilização da figura da delegação de função do encarregado de educação. Por sua vez, o Despacho de 2020 veio apresentar algumas mudanças com o objetivo de "*melhorar o procedimento de matrícula e respetiva renovação, garantindo maior eficiência associada à desmaterialização, modernização e simplificação administrativa, com o registo eletrónico das renovações de matrícula, e à monitorização do cumprimento da escolaridade obrigatória e do abandono escolar*".

A propósito da referência, no Despacho de 2018, à transparência e combate à fraude nas matrículas, importa mencionar a questão da delegação da competência do encarregado de educação (cfr. designadamente ponto iv) da alínea a) do art. 2.º do Despacho Normativo n.º 6/2018, bem como mesmo ponto iv) da al. a) do art. 2.º do anterior Despacho Normativo n.º 7-B/2015, de 7 de maio). Nestes casos, os progenitores delegavam a função de encarregado de educação e assinavam um formulário designado para o efeito. Note-se que estes formulários exigiam a assinatura de ambos os progenitores – e não apenas daquele que até então exerceu as funções de encarregado de educação. Em parte, compreende-se tal opção uma vez que estão a permitir que um terceiro possa atuar numa esfera essencial da vida da criança (em abstrato, esta delegação pode importar atuação no âmbito de questões de particular importância da vida do filho sobre a qual ambos os progenitores terão de decidir). No entanto, não parece conforme ao Código Civil que se possa, sem mais e sem qualquer fundamento, transferir as responsabilidades inerentes ao encarregado de educação para um qualquer terceiro. É certo que o Código Civil prevê que as situações da vida corrente da criança possam ser delegadas num terceiro (n.º 4 do art.

«a) ‘Encarregados de educação’, quem tiver menores a residir consigo ou confiado aos seus cuidados:

- i) *Pelo exercício das responsabilidades parentais;*
- ii) *Por decisão judicial;*
- iii) *Pelo exercício de funções executivas na direção de instituições que tenham menores, a qualquer título, à sua responsabilidade;*
- iv) *Por mera autoridade de facto ou por delegação¹³, devidamente comprovada, por parte de qualquer das entidades referidas nas subalíneas anteriores;*
- v) *O progenitor com quem o menor fique a residir, em caso de divórcio ou de separação e na falta de acordo dos progenitores;*
- vi) *Um dos progenitores, por acordo entre estes ou, na sua falta, por decisão judicial, sobre o exercício das funções de encarregado de educação, estando estabelecida a residência alternada do menor;*
- vii) *O pai ou a mãe que, por acordo expreso ou presumido entre ambos, é indicado para exercer essas funções, presumindo-se ainda, até qualquer indicação em contrário, que qualquer ato que pratica relativamente ao percurso escolar do filho é realizado por decisão conjunta do outro progenitor.»*

Entendemos que existem algumas incongruências nestas alíneas¹⁴ mas, para efeito deste estudo, iremos atentar somente no caso presente no acórdão. Não é propriamente o conceito de encarregado de educação que aqui mais importa, mas o seu papel. Vejamos quais as tarefas que lhe são incumbidas.

O Estatuto do Aluno e Ética Escolar (Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro¹⁵) alude frequentemente à figura do encarregado de educação. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 51/2012, o aluno tem o direito de escolher e usufruir do projeto educativo mais adequado para si, cabendo essa escolha aos pais ou encarregados de

educação quando o aluno for menor. Igualmente, no que respeita ao processo individual do aluno, este pode ser consultado pelos pais ou encarregado de educação do aluno menor e ser-lhes-á entregue no termo da escolaridade obrigatória, caso o aluno ainda seja menor (art. 11.º da citada Lei n.º 51/2012).

As fichas de registo de avaliação do aluno são entregues aos pais ou encarregado de educação pelo professor ou diretor de turma (consoante se trate do 1.º ciclo ou do ensino básico e secundário), no final de cada momento de avaliação (n.º 4 do art. 12.º daquela Lei n.º 51/2012). Também os pais ou encarregados de educação são responsáveis pelo cumprimento dos deveres de frequência, assiduidade e pontualidade dos seus filhos ou educandos (n.º 2 e n.º 5 do art. 13.º do mesmo diploma legal). A justificação de faltas deve ser apresentada pelos pais ou encarregados de educação (n.º 2 do art. 16.º da referida Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro). As faltas injustificadas dos alunos menores são comunicadas aos pais ou encarregados de educação (n.º 3 do art. 17.º); sendo atingido metade dos limites das faltas injustificadas, os pais ou encarregado de educação são convocados à escola (n.º 3 do art. 18.º); sendo ultrapassado o limite máximo de faltas injustificadas, pode existir responsabilização dos pais ou encarregados de educação (n.º 3 do art. 19.º, n.º 1 do art. 44.º e n.º 1 do art. 45.º, todos daquela Lei n.º 51/2012). Em caso de incumprimento, ineficácia ou impossibilidade de medidas de recuperação e de integração, são os pais ou encarregados de educação chamados a intervir e colaborar (n.º 1 do art. 21.º do mesmo diploma legal). O cumprimento das medidas corretivas será acompanhado pelos pais ou encarregado de educação caso ocorram fora do espaço escolar (n.º 2 do art. 27.º). Na execução das medidas corretivas e disciplinares

¹³ Cfr. nota supra quanto à delegação de função do encarregado de educação.

¹⁴ Que não iremos evidenciar por tal exceder os limites impostos a este estudo.

¹⁵ Com a Retificação n.º 46/2012, de 17 de setembro.

sancionatórias deve o diretor de turma ou o professor-tutor articular a sua atuação com os pais ou encarregados de educação (n.º 1 do art. 34.º da Lei n.º 51/ /2012, de 5 de setembro).

Ao longo destas disposições é, muitas vezes, usada a conjunção disjuntiva «ou» quando o legislador menciona «pais ou encarregados de educação», colocando – aparentemente – os pais e o encarregado de educação numa situação paralela. Todavia, por exemplo, no n.º 5 do art. 32.º (cuja epígrafe é «Suspensão preventiva do aluno»), é estabelecido que, em caso de suspensão preventiva aplicada, os pais «e» os encarregados de educação são imediatamente informados (ou seja, aqui opta-se pelo uso da conjunção copulativa «e»). Seria compreensível esta diferença se o legislador pretendesse acautelar que a informação sobre uma sanção desta natureza fosse devidamente comunicada a todos os intervenientes formativos e educativos do menor (quando estes papéis não se reúnam na(s) mesma(s) pessoa(s)). No entanto, estranhamente, a decisão final do procedimento disciplinar deve ser notificada «aos pais ou respectivo encarregado de educação»¹⁶ (n.ºs 6 e 7 do art. 33.º daquele diploma legal), bem como a articulação da execução das medidas corretivas e disciplinares sancionatórias deve ser feita «com os pais ou encarregados de educação» (n.º 1 do art. 34.º daquela Lei n.º 51/2012, de 5 de Setembro). As situações em causa são de natureza análoga, isto é, a gravidade subjacente não difere quer se trate da suspensão preventiva ou da decisão final do procedimento disciplinar. Assim, esta discrepância no uso da expressão «e» e «ou» parece mais uma incoerência do que propriamente uma atuação ponderada e intencional por parte do nosso legislador.

¹⁶ Quando o aluno é menor.

Na maioria das situações parece existir - sem prejuízo das considerações tecidas supra - um tratamento idêntico destes intervenientes. Se assim é, qualquer um destes (pais e encarregado de educação, quando tal papel não recaia sobre um dos progenitores) pode agir neste contexto, não havendo fundamento legal para atribuir relevância autónoma à figura do encarregado de educação. A problemática adensa-se quando estes intervenientes não atuam de forma concertada e cooperante, isto é, quando existem situações de conflito como aquele que decorre do acórdão em análise.

3. Análise crítica do acórdão: a escolha do encarregado de educação, as atividades de tempos livres e a inscrição no estabelecimento de ensino

Após uma breve introdução no que respeita ao exercício das responsabilidades parentais e da figura do encarregado de educação, já estaremos em condições de fazer a análise a que nos propusemos neste texto.

Importará lembrar que, no caso em epígrafe, os progenitores da criança AA estão em desacordo quanto a quem deve assumir o papel de encarregado de educação, sendo esses um dos pontos do recurso do pai BB.¹⁷ Este pugna por «*O direito do progenitor em participar em todas as orientações educativas da AA e de ser também ele encarregado de educação.*»; pretendendo «*(...) que as responsabilidades parentais e designadamente, as orientações educativas, sejam idênticas para ambos os progenitores, podendo o pai participar na tomada de decisões relevantes da educação da menor, tais como: as visitas de estudo, idas ao cinema ou outras, em que a AA participe; na escolha das actividades esco-*

¹⁷ Conforme já advertido supra, existem outros pontos de discussão no presente acórdão. Todavia, para efeitos deste estudo, restringimos o objeto de análise ao diferendo do encarregado de educação.

lares e extracurriculares que a AA deva frequentar; nas reuniões de turma da AA.»

Para o tribunal tais pretensões do recorrente potenciam ou agravam o conflito existente entre os progenitores. Como tal, na sua fundamentação, defende que: «[a] mãe é que é a encarregada de educação, conforme decorre do disposto no art.º 43.º, n.º 4, al. a), e n.º 5, Lei n.º 51/2012.

Sendo assim, a ela incumbe zelar pela melhor educação e instrução possível da menor e, perante a escola, é ela a única interlocutora. O recorrido, como pai, tem direito a ser informado destas coisas e pode obter toda a informação, como nota a recorrida, na página da escola. Mas o que interessa destacar é que encarregado de educação é o que tem a seu cargo o menor; não há partilha desta função (o que bem se compreende uma vez que um comando bicéfalo não é comando nenhum).» (...) « O pai, repete-se, tem direito a ser informado mas não a decidir (cfr. art.º 1906.º, Cód. Civil). Assim, as visitas de estudo, que constam do plano de actividades da escola, são decididas pela própria escola cabendo ao encarregado de educação aderir ou não a tais visitas; o que vale também para a escolhas das actividades escolares e extracurriculares.» Por fim, conclui que «[o] que está aqui claramente em questão é a possibilidade de o recorrente coarctar, restringir fortemente e, eventualmente, impedir, que a mãe da menor possa escolher o que quer que seja» (...)

«A solução proposta sob a capa da melhor defesa dos interesses da menor acaba por ser aquela que mais prejuízos lhe traz — e isto apenas conforme a vontade do recorrente. Assim, nesta parte, nada se altera.» Em consequência o recurso foi julgado improcedente¹⁸.

Se, por um lado, compreendemos a fundamentação do acórdão; por outro, não deixamos de entender que uma solução desta natureza pode trazer algumas discrepâncias face ao regime das responsa-

bilidades parentais.

Embora se perceba a necessidade de existir apenas um interlocutor perante a escola, também se percebe que um dos progenitores se sinta preterido e afastado da instrução escolar do seu filho quando não exerce a função de encarregado de educação, agravado pelo facto de não ter uma relação dialogante com o outro progenitor.

Ao mesmo tempo, causa alguma estranheza que, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 1902.º e n.º 1 do art. 1906.º, o legislador exija a concórdância e a conjugação dos pais para as questões de particular importância e depois não anteveja que a figura do encarregado de educação encerra em si algumas decisões que serão, inevitavelmente, dessa natureza. Existem, assim, incongruências entre a figura singular do encarregado de educação face ao exercício conjunto — e, por isso, plural — das responsabilidades parentais previsto no Código Civil.

Será deveras importante, para esta contemplação, qualificar quais as questões de particular importância (que exigem um consenso entre os progenitores) e os atos da vida corrente. Aprioristicamente, defendemos que as questões relativas à educação da criança configuram, em regra, questões de particular importância. Desse modo, só excepcionalmente poderá um dos pais decidir estas matérias sozinho. A regra deverá ser uma integração e interação de ambos na vida escolar do filho menor. É certo que tal abordagem trará dificuldades práticas que não podemos ignorar ou menosprezar, especialmente nos casos em que existe um historial de conflito entre os progenitores. Todavia, essas situações (infelizmente, mais frequentes do que raras) não podem levar a que uma vertente essencial da vida do filho passe a ser uma questão monoparental. Tal não se harmoniza, desde logo, com o exercício conjunto das responsabilidades pa-

¹⁸ Mesmo em relação aos outros aspetos aqui não analisados.

rentais que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, implementou entre nós.

Em princípio, a não ser que o interesse concreto da criança assim o indique, somos da opinião que todas as questões concernentes à educação da criança serão de particular importância. Por outro lado, não podemos ignorar a dificuldade desta posição. Será razoável (e prático) exigir que ambos os pais assinem a ficha de avaliação do filho ou a autorização para a visita de estudo? Mas se se tratar de mais uma avaliação negativa que pode levar a uma retenção de ano¹⁹ ou uma visita de estudo com algum risco para a integridade física da criança (por exemplo, atendendo a uma condição de saúde específica e debilitante que ele possa ter²⁰), tal já poderá merecer uma consideração diferente e consubstanciará uma questão de particular importância²¹. Será necessário encontrar uma solução de compromisso que permita um normal e eficiente funcionamento das instituições de ensino e, ao mesmo tempo,

um acompanhamento efetivo por parte de ambos os progenitores.

Tal situação é mais evidente quando os pais não vivem em comunhão de vida. Todavia, não esqueçamos que mesmo quando os pais vivem em comunhão de vida (porque casados ou unidos de facto), só existe uma presunção de acordo no que concerne às questões da vida corrente. Como vimos, tal presunção já não se estende às situações de particular importância (arts. 1901.º e 1902.º). Por seu lado, quando os progenitores vivem separados, ambos decidem sobre as questões de particular importância e os atos da vida corrente são decididos por aquele com quem a criança se encontra. Quando o filho não se encontra com o progenitor residente, as orientações educativas mais relevantes deste devem ser respeitadas pelo outro (n.º 3 do art. 1906.º)²².

É à luz deste regime de exercício das responsabilidades parentais que devemos interpretar as disposições legais no âmbito do encarregado de educação.

A figura do encarregado de educação não é (ou não deve ser) um mero figurante burocrático que assina avisos de parca relevância. Este deverá ser o interveniente de primeira linha na formação da criança que estabelece o contacto com o estabelecimento de ensino.

A questão assume contornos mais complexos quando os progenitores não assumem a postura dialogante que deveriam. Infelizmente, são reportadas situações em que um dos progenitores (o que não é encarregado de educação) se queixa de não ter conhecimento e/ou acesso à vida escolar do filho porque o outro progenitor se nega a facultar essas informações e a escola também se escusa, in-

¹⁹ O próprio legislador parece, quanto à avaliação, perceber a necessidade de extravasar a unidimensionalidade da figura do encarregado de educação. Pois, o n.º 5 do art. 12.º do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar (Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro) dispõe que, a pedido do interessado, as fichas de registo de avaliação podem ainda ser entregues ao progenitor que não resida com o menor. Se tal se tratasse de uma mera questão da vida corrente, não haveria necessidade de acautelar esta circunstância. Porém, o n.º 4 refere que essas fichas são entregues aos pais ou encarregados de educação. Sendo progenitor, já teria, pelo n.º 4, acesso a essa ficha, sendo irrelevante se reside ou não com o filho.

²⁰ Veja-se que no caso *sub judice* o acórdão trata a problemática das visitas de estudo. O recorrente levanta a questão de a progenitora autorizar uma visita de estudo a um local que ele considere inadequado para a filha. Contrapõe o tribunal constatando que as visitas de estudo são decididas responsabilmente pela escola. Sucede que as visitas de estudo serão decididas tendo em conta a maioria das crianças a que se destinam. Pode acontecer que seja necessária uma ponderação casuística se a criança tiver alguma condição (física ou psicológica) que a tal justifique. Nesses casos, será conforme ao exercício conjunto das responsabilidades parentais que só um dos progenitores tome a decisão?

²¹ Sobre a dicotomia de atos de particular importância *vs.* da vida corrente nestas questões educativas, consultar HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, *cit.*, p. 157.

²² Sem prejuízo da alteração, aludida supra, dada pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro.

vocando que só é obrigada a informar o encarregado de educação²³. Mesmo que, por questões de praticidade, só um progenitor assuma formalmente o papel de encarregado de educação - sendo as responsabilidades parentais exercidas em conjunto²⁴ - não pode a escola recusar informar o progenitor que não assume o papel de encarregado educação, não o receber em reuniões com o professor titular ou diretor de turma, ou negar o acesso a documentos de registo de avaliação. Claro que se alcança o transtorno de uma solução desta natureza, atendendo a que pode levar a uma situação de excessiva onerosidade para os operadores escolares, duplicando os canais de comunicação. Mas, ao mesmo tempo, se pautarmos estas temáticas por critérios de conveniência poderemos estar a propiciar o arredamento de um dos progenitores da educação do seu filho. E tal levará, *in extremis*, a um exercício unilateral das responsabilidades parentais ao arrepio da regra instituída no Código Civil.

Caso não haja uma postura de partilha de informação por parte do progenitor encarregado de educação com o outro, poderá ser exigível um papel de ligação à própria escola. E, além disso, algumas questões mais prementes da educação da criança devem ser consideradas de grande relevância e, por isso, a própria escola deverá exigir o consentimento e/ou intervenção de ambos os progenitores. Por exemplo, quando haja excesso grave de faltas; ou o limite destas tenha sido ultrapassado e seja necessário aplicar medidas de recuperação e integração; ou quando seja aplicável uma medida disciplinar corretiva e sancionatória (cfr. arts. 18.º

a 35.º do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar). Nestes casos – e noutros de análoga importância²⁵ – deveria ser exigível a presença de ambos os progenitores como forma de assegurar que as responsabilidades parentais estariam a ser exercidas em conjunto (e evitando, assim, futuros incidentes de incumprimento).

Como tal, neste caso – e à míngua de solução legislativa nesse sentido -, poderia o tribunal ter feito uma salvaguarda quando estivessem em causa situações de evidente importância no percurso escolar da criança. Sabemos que, na situação em análise, a criança AA ainda estaria a frequentar o jardim de infância. Contudo, esta decisão poderia já ter ressalvas que viessem a ter utilidade no percurso escolar futuro.

Imagine-se que na altura de eleger a escola para o 1.º ciclo do ensino básico da filha AA, os pais (BB e CC) não alcançam entendimento. Poderá a mãe CC, enquanto encarregada de educação, escolher sozinha o estabelecimento de ensino? Esta é também uma problemática de alguma controvérsia. Se entendermos que tal decisão se trata de uma questão de particular importância, ambos os pais têm de estar de acordo quanto à mesma. Se, por outro lado, considerarmos que não assume essa configuração e que é uma escolha da vida corrente, apenas um dos progenitores terá de tomar essa decisão. Alguns autores diferenciam sobre se esta inscrição se refere a um estabelecimento de ensino público ou privado, atendendo à natureza deste último, que implica um maior encargo financeiro para os progenitores e que, por isso, devem os mesmos

²³ O que não é propriamente verdade uma vez que a maioria dos preceitos, como vimos, se refere aos pais ou encarregados de educação.

²⁴ E mesmo que não sejam exercidas em conjunto. Veja-se a este propósito o n.º 7 do art. 1906.º: «Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho».

²⁵ Neste texto focamos somente na problemática concreta do encarregado de educação, todavia, algumas destas situações podem levar à eventual sinalização no âmbito da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

acordar naquela inscrição²⁶. Compreende-se o argumento usado. Porém, como já referido, as meras razões utilitaristas, ou de conveniência, não devem reger estas decisões. Embora devam ser fatores a considerar, não podem ter um caráter decisivo e definitivo. Relembre-se que na sentença que motivou o recurso que aqui analisamos, o tribunal considerou que só seria questão de particular importância a opção pelo ensino público ou privado e não a escolha do estabelecimento de ensino em si²⁷.

Não concordamos que a tónica distintiva seja o caráter público ou privado do estabelecimento de ensino²⁸. Até porque – na base desta escolha - nem

²⁶ «Definir se o menor deve ou não fazer os seus estudos num estabelecimento de ensino público ou particular, dada a relevância que tal decisão tem para a sua vida, constitui, em nosso entender, questão de particular importância. [...] Nas situações em que os progenitores custeiam, em igual proporção, o montante referente ao pagamento do estabelecimento de ensino, mostra-se essencial definir que a escolha de tal estabelecimento deve ser feita por ambos, sob pena de, à semelhança do atrás expandido quanto às despesas de saúde, o progenitor que não tem a guarda do menor, se ver confrontado com a situação de não ter capacidade económica para custear o estabelecimento de ensino escolhido pelo progenitor com quem o menor reside.», HELENA GOMES DE MELO ET. AL., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, 2.ª ed., Quid Juris, 2010, p. 146. Para uma visão ampla desta temática, consultar HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, cit., pp. 153 e ss.

²⁷ Cfr. al. c) da sentença transcrita no ponto 1.

²⁸ Até porque, em certas situações, tal poderia levar a algumas injustiças e imparidades. Imagine-se o seguinte exemplo: a família A. é uma família de classe média, cuja inscrição do seu filho menor num estabelecimento de ensino privado acarretaria uma disposição significativa de património, atendendo ao seu estilo de vida e, segundo essa tese, ambos os pais deveriam acordar na escolha da instituição de ensino, uma vez que se trata de uma escola privada; ao mesmo tempo, a família B., família de classe económica alta, cuja mensalidade na instituição de ensino privado não refletiria qualquer oneração ou esforço especial (atendendo aos seus avultados rendimentos), também teria de estar de acordo caso pretendesse inscrever o seu filho menor numa instituição escolar privada – uma vez que a instituição é privada e, segundo aquela teoria, tal tornar-se-ia uma questão de particular importância; por último, a família C., família que pretende que os seus filhos ingressem na escola pública (sendo aqui desnecessário aludir aos seus hipotéticos rendimentos), mas discorda quanto à escola propriamente dita (por hipótese, um progenitor prefere a escola do domicílio do filho e o outro a escola do seu domicílio profissional) . Esta última família – que discorda quanto ao estabelecimento de ensino em concreto, mas concorda quanto à frequência do seu filho numa escola pública –, pelo argumento usado por estes autores, estará em desigualdade com a família B, uma

sempre estará em causa o fator económico mas sim outros eventuais critérios (como a qualidade do corpo docente, o método de ensino, a taxa de absentismo dos docentes, a quantidade de funcionários não-docentes, as infraestruturas, os índices de indisciplina verificados, a qualidade de serviços de bar e cantina, a oferta de cursos e/ou disciplinas de opção, existência de uma boa rede de transportes, etc.). Nessa medida, para evitar estas disparidades desprovidas de justificação legal, entendemos que a inscrição no estabelecimento de ensino deverá ser sempre encarada como uma questão de particular importância, a que se exige o acordo entre os progenitores^{29/30}.

Nos termos do disposto na al. a), do n.º 2, do art. 5.º do Despacho Normativo n.º 6/2018, de 12 de abril³¹, a responsabilidade da matrícula cabe ao encarregado de educação, quando o aluno seja menor. Ora, se entendermos que a escolha do estabelecimento de ensino é uma questão de particular importância, como defendemos, encontramos aqui um óbice nesta exigência. Nestes termos, em que não há presunção de acordo³², deve ser exigida a concor-

vez que aqui um progenitor poderá decidir sozinho. Não compreendemos por que distinguir estes últimos dois casos.

²⁹ Não distinguindo também entre estabelecimento público ou privado, mas entendendo a que se trata de um ato da vida corrente: MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, reimp. da 4.ª ed., revista, aumentada e atualizada, Almedina, 2004., p. 277.

³⁰ Concordamos, portanto, com HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, cit., p. 156.

³¹ Este artigo não sofreu alterações com as redações dadas pelos Despachos Normativos n.º 5/2020, de 21 de abril, e n.º 10-B/2021, de 14 de abril.

³² Sendo indiferente se são casados, divorciados, separados, unidos de facto, etc. Pois, recordemos que quando os pais são casados, ou vivem em união de facto, exige-se o consentimento de ambos progenitores, se se tratar de ato de particular importância (art. 1901.º, n.º 1 do art. 1902.º e n.º 1 do art. 1911.º). Para estes progenitores em comunhão de vida, só existe presunção de acordo quando se trate de um ato não considerado de particular importância, pois, se o for, esta presunção

dância expressa e inequívoca de ambos os progenitores. Este acordo pode ser prestado pela presença física de ambos ou, na falta disso, de uma declaração assinada por aquele que não esteja presente^{33/34}.

Também se aludiu no acórdão, ainda que brevemente, às atividades extracurriculares da criança. Nas suas alegações de recurso, o progenitor BB aventou a possibilidade de: «[v]eja-se, por exemplo, se a progenitora quiser que a filha pratique karatê e o progenitor discordar por considerar que é uma actividade perigosa para a menina. » (...) «Ou, por exemplo se a

já não funciona. O mesmo vale para as situações em que se exige expressamente o consentimento de ambos os progenitores (n.º 1 do art. 1902.º). A falta de acordo não é oponível a terceiro de boa-fé (parte final daquele n.º 1 do art. 1902.º). Aqui subjaz alguma da confusão deste artigo («O art. 1902.º cuida ainda, de modo especial, da posição do terceiro que contrata apenas com um dos cônjuges, no exercício do poder paternal. Fá-lo, porém, em termos bastante equívocos.», FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 394.) A redação deveria ser mais clara neste n.º 1, especificando logo que a falta de acordo não é oponível a terceiro apenas quando se trate de ato que possa presumir o acordo (ou seja, nas situações em que a lei não exige expressamente o acordo ou casos que não integrem atos de particular importância). Pois é isto que resulta do n.º 2, quando se refere que o terceiro deve recusar intervir no ato praticado por um dos pais quando não seja de presumir o acordo do outro ou quando conheça a oposição deste. («O que significa que o terceiro não deve intervir no acto praticado em nome do menor, sempre que se trate de acto de particular importância. De contrário, parece que agirá de má fé, pese embora a especial dificuldade de saber quando é que o acto reveste ou não particular importância, aos olhos da lei. [...] Oponível a terceiro será já a falta de acordo entre os cônjuges quando a presunção de acordo não funcione, nomeadamente em todos os casos de particular importância.», FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, *cit.*, p. 394.)

Se estivermos perante progenitores dissociados (por divórcio, separação, rutura de união de facto, etc.), a regra é que a as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância «são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio [...]», n.º 1 do art. 1906.º. Isto é, nos termos do que foi referido *supra*, aplicando-se supletivamente os arts. 1901.º e 1902.º, por força da remissão do n.º 1 do art. 1906.º.

³³ Por exemplo, parece-nos que bastará que aquele que não possa comparecer deixe o boletim de matrícula, ou de renovação de matrícula, assinado.

³⁴ Curiosamente, as minutas de delegações de competências (que já abordámos criticamente numa nota *supra*), tinham espaço designado para a identificação e assinatura de ambos os progenitores. Não se percebendo por que estes formulários (que, a nosso ver, deviam ser desatendidos, dada a sua dúbia legalidade) exigiam a assinatura de ambos os progenitores e a inscrição ou matrícula já possa ser levada a cabo só por um.

progenitora autorizar uma visita de estudo a um local ou a um sítio que o progenitor considere desadequado para a filha. Nestas duas situações *supra* exemplificadas não é sensato, nem justo ou proporcional que o progenitor não possa participar neste tipo de escolhas que também fazem parte da educação da menor AA.» O Tribunal da Relação de Évora entendeu, a este propósito, que estaria em causa uma restrição forte da atuação da mãe da criança, impedindo-a de escolher o que quer que seja. Em consequência, desatendeu o pedido do recorrente.

Sem prejuízo de uma ponderação casuística, não nos parece ser de excluir a decisão conjunta no que às atividades dos tempos livres concerne (sob pena de, no limite, ser oposto a um dos progenitores a comparticipação económica numa atividade com a qual ele não concorda ou a participação da criança numa atividade que possa implicar algum risco para a sua integridade física, sem que o outro possa ser chamado a dar a sua anuência). Havendo desacordo entre os pais, nas atividades a frequentar, o tribunal decidirá.

Não nos parece sensato que, por princípio, se considerem estas questões como atos da vida corrente sob pena de propiciarmos o alheamento de um progenitor face a decisões relevantes da vida e futuro da criança.

4. Conclusão

A questão da escolha do encarregado de educação levanta várias complexidades práticas, dificultadas pela desarmonia que parece existir entre os diplomas legais do âmbito educativo face ao regime das responsabilidades parentais previsto no Código Civil.

Elegemos este acórdão por retratar este desacordo, tão comum entre progenitores, sobre quem deve exercer este papel de interlocutor educativo da criança face à escola.

Compreendemos a decisão tomada pelo Tribunal da Relação de Évora, designando a progenitora residente como responsável por essa função de encarregado de educação. Esta é, aliás, uma tendência jurisprudencial que – atendendo a exigências práticas do quotidiano – bem se percebe. Como tal, no intuito deste texto não subjaz uma simples censura à decisão do caso concreto.

O que nos motiva é um comentário mais abrangente que faça uma análise crítica mais ampla que a do mero caso concreto que nos serviu de premissa.

Existem algumas incongruências neste âmbito que procurámos evidenciar.

Estas problemáticas assolam, todos os dias, várias famílias e escolas. Perante estas realidades, a atuação nem sempre é uniforme o que acarreta alguma incerteza e dubiedade para todos os intervenientes (pais, alunos, professores, diretores). Nessa medida, tentámos dar um pequeno contributo para esta questão, sugerindo algumas linhas de atuação.

Doutrina

A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Gabriela Cruz Amato Teixeira

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Mestre em Direito pela PUCRS. Membro da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB/RS; Advogada

Resumo: *O presente estudo visa estabelecer um diálogo entre o direito administrativo e os direitos fundamentais da criança e do adolescente, no intuito de responder ao seguinte questionamento: os princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente impõem limites à atuação da Administração Pública? Constatando-se a possibilidade de as decisões da Administração estarem vinculadas ou subordinadas aos princípios de proteção da criança e do adolescente, será analisado um caso concreto a fim de trazer um exemplo sobre como e em que medida se dá essa vinculação. Concluiu-se ainda que, em certos casos, pode-se considerar o atendimento prioritário ao melhor (superior) interesse da criança e do adolescente em consonância com o atendimento ao interesse público, afastando-se, assim, o aparente conflito entre normas.*

Palavras-chave: *Direitos fundamentais da criança e do adolescente; direito administrativo; prossecução do interesse público; prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.*

Abstract: *This study aims to establish a dialogue between administrative law and the fundamental rights of children and adolescents, in order to answer the following question: do the fundamental principles of protection of children and adolescents impose limits on the actions of the Public Administration? After verifying the possibility of the Administration's decisions being bound or subordinated to the principles of protection of children and adolescents, a concrete case will be analyzed in order to provide an example of how and to what extent this binding nature occurs. It is also concluded that, in certain cases, the best interests of children and adolescents can be given priority over public interests, thus eliminating the apparent conflict between norms.*

Keywords: *Fundamental rights of children and adolescents; administrative law; pursuit of public interest; absolute priority of the rights of children and adolescents.*

Sumário: *Introdução; 1. Administração Pública: concepção, panorama geral de seus princípios e dos aspectos do ato administrativo; 1.1 Concepção da Administração Pública e sua relação com o direito administrativo; 1.2 Administração Pública e seus princípios gerais; 1.2.1 A prossecução do interesse público como princípio basilar da Administração Pública; 1.3 Ato administrativo: aspectos gerais; 1.3.1 Discricionariedade e vinculação da decisão administrativa; 2. Princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente à luz da proteção integral; 2.1 O princípio do melhor (superior) interesse da criança e do adolescente; 2.2 O princípio da absoluta prioridade; 3. Os limites da atuação da Administração quando estão em causa os direitos fundamentais da criança e do adolescente; 3.1 O princípio da prossecução do interesse público e os princípios do superior interesse da criança e do adolescente e da absoluta prioridade: um conflito entre princípios?; 4. Diálogo conceitual e tencionamento reflexivo entre o direito administrativo e os direitos da criança e do adolescente: testando a aplicabilidade em um caso concreto; Conclusão; Referencial Bibliográfico.*

Introdução

A presente proposta de investigação visa estabelecer um diálogo entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente e o direito administrativo, ressaltando os principais aspectos do ato administrativo e sua vinculação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Na parte primeira, serão analisados alguns aspectos sobre o ato administrativo, partindo-se da

premissa de que não há ato administrativo absolutamente discricionário, de modo que todo o ato administrativo está subordinado e/ou limitado pelo direito, ou seja, estará sempre sujeito a vinculações jurídicas orientadas por normas (regras e/ou princípios) do ordenamento jurídico. Nessa medida, o ordenamento jurídico imporá diretrizes e limites à discricionariedade administrativa.

Portanto, ao considerar que uma decisão administrativa nunca será absolutamente discricionária, pois estará sempre adstrita a alguns limites impostos por normas jurídicas, então, necessariamente, há que reconhecer a existência de uma dupla dimensão da decisão administrativa, ou seja, uma dimensão *discricionária* e uma dimensão *vinculada*.

Considera-se *discricionária* a decisão que comporta uma margem de discricionariedade, mas sempre respeitando um quadro legal imposto pelo legislador. Vale dizer, existirá um poder de decidir, limitado, no entanto, pelo quadro legislativo previamente estabelecido. Dentro dessa moldura haverá um espaço de deliberação, sendo esta limitada, não se confundindo com a arbitrariedade que não impõe limites e tampouco obriga o administrador público ao dever de fundamentar a decisão. É ainda dentro dessa dimensão discricionária que haverá a valoração do caso concreto à luz dos critérios de oportunidade e conveniência.

Considera-se *vinculada* a decisão que não permite margem para deliberação do administrador público, pautando-se estritamente por critérios pré-estabelecidos pelo legislador.

Além de uma tal vinculação das decisões administrativas às normas, impõe-se, sobretudo, uma subordinação dessas decisões ao princípio basilar da Administração Pública: o princípio da prossecução do interesse público. O princípio da prossecução do interesse público está vinculado à ideia de

satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e, notadamente, à realização do bem comum.

Tomando por base esses parâmetros, que constituem o quadro referencial teórico no qual se movimenta essa investigação, vislumbra-se um tencionamento reflexivo entre as premissas já expostas e a sua vinculação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com o intuito de responder aos seguintes questionamentos: (i) *os princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente impõem limites à atuação da Administração Pública?* (ii) *ou, mais especificamente: as decisões administrativas que envolvam interesses da criança e do adolescente estão vinculadas ou subordinadas a tais princípios?*

Na parte segunda da investigação serão apresentados os princípios norteadores dos direitos fundamentais da criança e do adolescente à luz da doutrina da proteção integral, com destaque especial para os princípios do melhor (superior) interesse e da absoluta prioridade. Tais princípios têm por finalidade exaltar a máxima proteção dos interesses da criança e do adolescente, garantindo-lhes prioridade absoluta.

De acordo com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 — ratificada por Portugal e pelo Brasil — tais princípios vinculam à família, à sociedade e também ao Estado. Além disso, tanto a Constituição portuguesa de 1979 quanto a Constituição Federal brasileira de 1988 elevaram os direitos da criança e do adolescente à condição de direitos fundamentais, reconhecendo essa parcela da população como sujeitos de direitos fundamentais. Há, assim, por parte do Estado, um dever de respeito, garantia e promoção desses direitos. Nesse cenário, insere-se a problemática na qual está inserida essa investigação.

Esclarecidos os conceitos compreendidos como basilares da Administração Pública e dos direitos

da criança e do adolescente, será apresentado um novo questionamento: *haveria um conflito entre o que se compreende por interesse público e a primazia dos interesses da criança e do adolescente?* Isso porque os interesses da criança e do adolescente são destacados na Convenção dos Direitos da Criança — assim como, também, na Constituição Federal brasileira — como interesses superiores e que devem ser atendidos com prioridade absoluta. Haveria aqui um conflito entre o interesse público (coletivo) e o interesse das crianças e adolescente (uma parcela específica da população)?

Por meio da elucidação de tais compreensões serão desenvolvidos argumentos no intuito de responder aos questionamentos aqui apresentados. Por fim, na parte final, serão verificados os desdobramentos de tais respostas, elucidadas a partir de um caso concreto, cujo intuito será testar a consistência das soluções apresentadas.

1. Administração Pública: concepção, panorama geral de seus princípios e dos aspectos do ato administrativo

1.1 Concepção da Administração Pública e sua relação com o direito administrativo

A atividade administrativa é regida por normas de direito público, sendo inegável a sua relação com o direito constitucional. Além disso, a Constituição de um Estado estabelece as diretrizes básicas a serem seguidas pela Administração Pública e, sobretudo, inaugura a estrutura de um direito administrativo. É por meio das normas de direito administrativo que ficam estabelecidas as “condições de possibilidade e legitimidade da atuação administrativa”.¹ Tendo sua origem no período liberal,

¹ OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 4ª ed. Almedina, 2015. p.112.

o direito administrativo passou, a partir de então, a regular a atividade administrativa. Antes de seu surgimento nos moldes estabelecidos atualmente, a Administração já se fazia presente, no entanto, suas atividades ainda não contavam com a regulação pelo direito. Foi então que o “exercício dos poderes públicos” passou a encontrar limites em “princípios e normas jurídicos (públicos)”, restando a atividade administrativa subordinada ao direito.²

A administração em geral, “no seu sentido comum”, *organiza-se* em prol de uma “*gestão de recursos escassos*”, com a finalidade de obter “*utilidades* (que podem ser permanentes, periódicas ou fortuitas)”, a partir de critérios de *escolhas racionais* que, em regra, foram *pré-estabelecidas* “por outrem”.³ Assim, em respeito ao princípio da separação de poderes, cumpre ao poder legislativo a tarefa de pré-determinar as necessidades coletivas (o interesse público), às quais caberá a Administração satisfazer e cumprir⁴, tendo em vista estar adstrita ao *princípio da legalidade*, pelo qual a Administração fica subor-

² Ainda que não se possa realizar um estudo mais aprofundado sobre a origem e evolução do direito administrativo, considera-se importante mencionar que a Administração possui existência muito anterior ao direito administrativo. Com o desenvolvimento do direito administrativo, desenvolveram-se também os limites de atuação da Administração, traduzido pela subordinação de sua atividade ao direito. Cf.: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Traços da evolução do direito administrativo português*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. LXXXVII. Separata. Universidade de Coimbra, 2011. p. 268-269. Assim também considera Caballería sobre o direito administrativo espanhol. Cf.: CABALLERÍA, Marcos Vaquer. *El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo*. In: *Revista de Administración Pública*. nº 186. Madrid, set/dez. 2011. pp. 91-135. p. 94.

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 9. Na definição de Rogério Soares, “administrar é, em termos gerais, gerir um conjunto de bens para a realização dum certo quadro de fins heterónimos. Administração é pois uma tarefa e a atividade do seu cumprimento; mas é também uma organização, um quadro institucional a que compete desempenhar essa tarefa”. Cf.: SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo I*. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto. 1981. p. 1.

⁴ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 11ª ed. 2013. Âncora Editora. p. 79.

dinada à lei.⁵

Grande parte das necessidades coletivas são satisfeitas por meio das atividades da Administração Pública. O Estado é a principal entidade que compõe a Administração, sendo o Governo Federal o órgão administrativo mais importante. Contudo, destaca-se que a “Administração Pública não se limita ao Estado: inclui-o, mas comporta muitas outras atividades e organismos”. Pode-se afirmar, portanto, que nem toda atividade administrativa compreende uma atividade do Estado, logo, a administração pública — com iniciais em minúsculo, utilizada como sinônimo de atividade administrativa, no seu sentido objetivo — “não é uma atividade exclusiva do Estado”.⁶

A administração pública possui caráter de natureza executiva e, por essa razão, destina-se a colocar em prática as decisões tomadas a nível político,

no que diz respeito ao interesse geral e coletivo.⁷ Sendo assim, a administração pública pressupõe a existência de “*finis públicos*”, posto que visa atender ao interesse coletivo, assente no interesse público, de acordo com as necessidades de um determinado tempo, adequadamente organizado para realizar as “*finalidades últimas da comunidade política*”. Contudo, a atividade administrativa fica adstrita à “*previ- são normativa*” e à “*subordinação política*”.⁸

A relação entre a administração pública e o direito administrativo é intrínseca, ou seja, pode-se afirmar que a administração pública é exatamente o *objeto* do direito administrativo, na medida em que este estabelece as “*normas que regulam a atividade materialmente administrativa das pessoas colectivas públicas*”, além de estabelecer os interesses públicos a serem prosseguidos pela administração, bem como a organização e competência de seus órgãos. O direito administrativo caracteriza-se como um “subsistema jurídico” — distingue-se do direito privado — devido a sua “autonomia substancial”, já que tem por finalidade nuclear a disciplina do “exercício de poderes públicos de autoridade”.⁹

⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. vol. I. 3ª ed. Almedina, 2012. p. 84.

⁶ Salutar destacar que aqui se faz menção a concepção de Amaral que distingue a administração escrita em maiúsculo e em minúsculo, ao estabelecer que a “Administração Pública” escrita em com iniciais maiúsculas, deve ser entendida em conformidade com o “sentido orgânico ou subjetivo” da administração; por outro lado, a “administração pública” escrita em minúsculo representa o sentido objetivo, compreendido como sinônimo de “atividade administrativa”. Cf.: FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 27-31. O autor destaca que “numerosas entidades e organismos públicos se integram na Administração Pública sem contudo fazerem parte do Estado”, há também outros casos em que “a lei admite que a atividade administrativa seja exercida por particulares — indivíduos e associações, fundações ou sociedades —, que dessa forma são ou podem ser chamados a colaborar com a Administração”. É por isso que se pode concluir que a “noção de Administração Pública é bem mais ampla do que o conceito de Estado”. Cf.: FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 31-33. No mesmo sentido, considera Vieira de Andrade que “o conceito de administração pode ser entendido em sentido subjetivo ou orgânico, representando então o quadro institucional ou a organização que realiza a gestão (em regra, escrito com maiúscula) — por exemplo, quando se referem as decisões ou as actuações da ‘Administração’. Tal como pode ser entendido em sentido objetivo, designando, então, a tarefa ou *actividade* desenvolvida — por exemplo quando se refere a necessidade de uma ‘administração’ eficiente ou eficaz”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 10

⁷ “Em regra, toda a administração pública, além de atividade administrativa é também execução ou desenvolvimento de uma política”. Cf.: FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 45.

⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. 4ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 10-11. Para Freitas do Amaral, a distinção entre a administração pública e a administração privada reside na diferença de *objeto* sobre o qual cada uma incide, “pelo fim que visam prosseguir, e pelos meios que utilizam”. “A administração pública versa sobre as necessidades coletivas”, enquanto a “administração privada incide sobre necessidades individuais”; “A administração pública tem necessariamente de prosseguir sempre um interesse público, enquanto a “administração privada tem em vista, naturalmente, fins pessoais ou particulares”, ainda que, muitas vezes, estes possam coincidir com interesses coletivos; quanto aos meios jurídicos, estes são naturalmente distintos entre a administração pública e a administração privada, já que “os particulares são juridicamente iguais entre si e, em regra, não podem impor uns aos outros a sua própria vontade”. Cf.: FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 39-41.

⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. p. 14.

1.2 Administração Pública e seus princípios gerais

A Administração Pública possui princípios norteadores que estabelecem os parâmetros pelos quais o administrador público ou o agente da Administração Pública deve pautar suas decisões. Entre todos, destaca-se a importância do *princípio da prossecução do interesse público*, caracterizado como princípio basilar da Administração Pública, o fio condutor que permeia todas as decisões administrativas.¹⁰ Devido à sua especial importância, convém dedicar-lhe um estudo um pouco mais detalhado logo a seguir.

O novo Código do Procedimento Administrativo português, doravante novo CPA, consagrou em seu texto novos princípios que orientam a administração pública no que tange ao procedimento e, ainda, aprofundou o conteúdo dos já existentes na antiga lei. Assim, em seu Capítulo II, estabelece e conceitua os seguintes princípios: princípio da *legalidade* (art. 3º); princípio da *prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos* (art. 4º); princípio da *boa administração* (art. 5º); princípio da *igualdade* (art. 6º); princípio da *proporcionalidade* (art. 7º); princípio da *justiça e da razoabilidade* (art. 8º); princípio da *imparcialidade* (art. 9º); princípio da *boa-fé* (art. 10º); princípio da *colaboração com os particulares* (art. 11º); princípio da *participação* (art. 12º); princípio da *decisão* (art. 13º); princípios *aplicáveis à administração eletrônica* (art. 14º); princípio da *gratuidade* (art. 15º); princípio da *responsabilidade* (art. 16º); princípio da *administração aberta* (art. 17º); princípio da *proteção dos dados pessoais* (art. 18º); princípio da *cooperação leal com a União Europeia* (art. 19º)¹¹.

¹⁰ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. p. 80.

¹¹ Código do Procedimento Administrativo. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/105602322/view>. Acesso

De modo mais sintético, no Brasil a Lei nº 9784/99¹², em seu artigo 2º também consagra os princípios da Administração Pública, ao afirmar que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*”.¹³

Embora não seja possível uma análise pormenorizada de todos os princípios, necessário mencionar sua importância, a fim de demonstrar que constituem os contornos que envolvem o ato administrativo, especialmente no que tange às decisões administrativas. Aliás, para além disso, “manter vivos” esses “princípios fundamentais que se impõem à Administração”, acabam por garantir que a “maior liberdade, de que tem de dispor por força da natureza das coisas, não se transforme em atropelo do direito”.¹⁴

1.2.1 A prossecução do interesse público como princípio basilar da Administração Pública

O princípio da prossecução do interesse público, conforme já mencionado, constitui o princípio basilar da Administração Pública e está descrito no artigo 266º, nº 1 da Constituição portuguesa, consagrado pelo texto constitucional português como

em 28 de dezembro de 2015.

¹² Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 28 de dezembro de 2015.

¹³ Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 28 de dezembro de 2015.

¹⁴ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo I*. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto. 1981. p. 46.

um dos princípios fundamentais da Administração Pública, a qual “visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”¹⁵. O novo CPA português em seu artigo 4º, do mesmo modo destaca e ressalta a importância do aludido princípio. No Brasil, o artigo 2º da Lei nº 9784/99 determina que o interesse público constitui princípio que deve ser obedecido pela Administração Pública. Assim, pode-se sustentar que a realização do interesse público constitui o objetivo fundamental da Administração.¹⁶

O interesse público é exatamente o interesse comum, de uma coletividade, cujo objetivo é satisfazer as *necessidades coletivas* de uma *comunidade*. Na perspectiva de um “Estado Social de Direito”, a dificuldade reside em estabelecer o limite entre o interesse público e o interesse privado. Mais do que isso. Nessa perspectiva (do “Estado Social de Direito”) a satisfação das necessidades coletivas se expande e é variável, tornando-se necessário questionar quais são as efetivas tarefas do Estado e o que precisamente cumpre a este promover e proteger, a fim de atender ao “bem comum”.¹⁷ Trata-se de um dever constitucional atribuído à Administração Pública, a fim de que seja perquirido o interesse geral sempre na tomada de suas decisões. Se é, por um lado, um dever da Administração, por outro lado, constitui um direito dos administrados, garantin-

do-se assim a primazia de seus interesses.¹⁸

Ademais, a prossecução do interesse público, na qualidade de interesse heteronomamente definido, é o que limita a Administração à condição de não perquirir outros fins, senão aqueles que visem o benefício da coletividade. Assim, “em nenhum caso lhe cabe procurar os seus fins”. Assim como também não poderá se recusar ao atendimento dos “fins que lhe foram impostos”. Isso se traduziria, no caso concreto, na possibilidade de eleger outros fins, incompatíveis com aqueles que lhes foram previamente atribuídos. Por essa razão, “nunca o agente pode escolher o fim dos seus actos, que lhe é fornecido por uma norma”.¹⁹ Percebe-se que, indissociável à noção de prossecução do interesse público, está a primazia do princípio da legalidade, enquanto garantidor do respeito aos interesses gerais pré-determinados.

1.3 Ato administrativo: aspectos gerais

O conceito de ato administrativo no sistema jurídico português está assim descrito no artigo 148 do novo CPA: “para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.²⁰

¹⁸ CABALLERÍA, Marcos Vaquer. El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo. In: *Revista de Administración Pública*. nº 186. Madrid, set/dez. 2011. pp. 91-135. p.114-115.

¹⁹ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo I*. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto. 1981. p. 53.

²⁰ O antigo CPA, Decreto-Lei 442/91, de 15 de novembro, revogado pelo novo DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, dispunha: “para os efeitos da presente lei, consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”. Nota-se que a disposição anterior não fazia menção à produção de efeitos jurídicos externos dos atos administrativos, logo “a dúvida que resultava da definição de ato administrativo constante do Código

¹⁵ Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Artigo 266º, nº 1. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>. Acesso em: 28 de dezembro de 2015.

¹⁶ Para OLIVEIRA e DIAS “a Administração visa realizar o interesse público, estando sempre colocada perante um *interesse público heteronomamente definido*: no mínimo, a lei tem de individualizar esses interesses e de os atribuir como metas da atividade administrativa, ao definir as *competências* dos órgãos administrativos”. Cf.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de Direito Administrativo*. 4ª ed. Almedina, 2015. p. 112.

¹⁷ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. p. 79.

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, portanto nem todos os atos da Administração podem ser considerados como ato administrativo. Sendo uma espécie de ato jurídico, não se confunde com tal e não são considerados sinônimos, pois o ato administrativo possui características específicas. Por isso, é necessário que haja manifestação de vontade, expressada pela Administração Pública. O ato administrativo possui caráter unilateral, deve ser praticado no “exercício de um poder público” e deverá “produzir efeitos jurídicos num caso concreto”. Por meio dos atos administrativos, a Administração Pública realizará a “função de prosseguir interesses postos por lei a seu cargo”.²¹ Além disso, o ato administrativo “em sentido próprio”, conforme esclarece Vieira de Andrade, constitui um “*acto jurídico decisório*”, o que implica ser tanto uma “manifestação de vontade ou de ciência” da Administração Pública; o ato deve ser “*regulado por disposições de direito público*”, deve ser praticado por autoridade no exercício de um poder, envolvendo situação individual e concreta e, destaca o autor, “em princípio, com eficácia *externa*”.²²

Por força dos novos contornos trazidos pelo novo CPA, o ato administrativo constitui “ato de *direito público, jurídico, de autoridade, concreto e externo*”, posto que abrange as decisões administrativas, as quais têm a sua força jurídica reconhecida por lei e determinam, de algum modo, a “esfera jurídica

dos particulares”.²³

Tomando por premissa esse conceito geral de *ato administrativo*, bem como, a ressalva de que nem todo ato da Administração constitui *ato administrativo em sentido próprio*, importa aqui analisar especialmente o *conteúdo decisório* do ato administrativo, posto que é exatamente no tocante a essa característica de *decidir* que reside o ponto de intersecção, entre o direito administrativo e os direitos fundamentais da criança e do adolescente, no qual se insere a problemática aqui proposta. Faz-se necessário realizar um recorte na teoria do ato administrativo, com a finalidade de compreender os limites da decisão administrativa, sobretudo quando se está a tratar de situações que envolvem os interesses da criança e do adolescente.

A característica de *decidir* do ato administrativo é consenso na doutrina. Reconhecido como uma “conduta voluntária”, o conteúdo decisório do ato administrativo (“a voluntariedade do ato”) deve ser percebido “no quadro de uma função que visa a realização de fins hetero-definidos”, ou seja, respeitando as imposições legais pré-estabelecidas, bem como tendo sempre em vista a prossecução do interesse público.²⁴

Sob essa perspectiva Oliveira e Dias realizam uma crítica quanto a expressão “voluntariedade do ato”, pois não se trata propriamente de uma conduta voluntária, haja vista que o ato administrativo não é exatamente uma manifestação absolutamente livre de vontade, tal como, por exemplo, nas relações entre particulares. Trata-se de uma vontade que em alguma medida é sempre limitada. É o que ocorre especialmente nos casos dos atos es-

de 1992 — que não fazia menção expressa à produção de efeitos jurídicos externos — foi superada no novo Código, pelo que ficam apenas sujeitos ao regime constante do Código os atos destinados a produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros (particulares ou públicos) que estejam em face da Administração numa relação externa, estando dela afastados atos produtores de mera eficácia interna”. Cf.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 4ª ed. Almedina, 2015. p. 179.

²¹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Almedina, 2010 p. 90-91.

²² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. p. 158.

²³ OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de Direito Administrativo*. 4ª ed. Almedina, 2015. p. 180.

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. p. 164-170.

tritamente vinculados, pois, ressaltam os autores, constituem atos que “não podem ser reflexo de qualquer ‘vontade’”.²⁵ Ainda assim, reforça Vieira de Andrade, tais atos refletem o caráter decisório dos atos administrativos, “porque, apesar de não se definirem discricionariamente o seu conteúdo, ‘constituem’ os efeitos na ordem jurídica”.²⁶

1.3.1 Discricionariedade e vinculação da decisão administrativa

Conforme já destacado, de acordo com o princípio da legalidade a Administração se encontra subordinada à lei. Especialmente quando se fala em decisão administrativa. Contudo, a lei nem sempre estabelece em detalhes o modo de atuação da Administração, abrindo a possibilidade de ela própria definir a melhor escolha a fazer. Considerando que a decisão administrativa está sempre, em alguma medida, subordinada à lei, é preciso compreender quais são as possibilidades dessa subordinação.

Assim, há duas hipóteses de a lei limitar a decisão administrativa: por meio da *vinculação* ou por meio da *discricionariedade*. Diz-se que a atividade administrativa está *vinculada* à lei, quando não há espaço para qualquer ato fora do estabelecido em lei. Nesse caso, a Administração age de forma quase mecânica apenas cumprindo aquilo que está descrito na lei. Por outro lado, quando a lei não determina de forma pormenorizada, deixando alguma margem de escolha à Administração, então ela poderá agir de forma *discricionária*, sendo-lhe atribuída uma “autonomia decisória”.²⁷

Freitas do Amaral salienta a importância de se

²⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de Direito Administrativo*. 4ª ed. Almedina, 2015. p. 172.

²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de direito administrativo*. p. 170.

²⁷ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*. vol. II. 2ª ed. Almedina, 2012. p. 84-85.

esclarecer o local de fala quando se está a discorrer sobre *discricionariedade* e *vinculação*. Isto porque, no campo da “teoria da atividade” da Administração, são analisados os atos administrativos e, no campo da “teoria da organização” da Administração, os *poderes* é que são analisados. Aqui, o intuito é analisar a *discricionariedade* e a *vinculação* pela perspectiva da “teoria da atividade”. Mas, sob essa perspectiva, o autor considera essencial ressaltar que, “em bom rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários”. Os atos administrativos são sempre “uma combinação, em doses variadas, entre o exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários”. Ao final, expressa o autor que, de uma maneira geral, os atos administrativos são, ao mesmo tempo, vinculados e discricionários: “são vinculados em relação a certos aspectos e, discricionários em relação a outros”. Assim, consoante cada caso concreto, mais do que questionar se o ato é vinculado ou discricionário, importa perguntar “em que medida são vinculados e em que medida são discricionários”.²⁸

Mas, no campo da discricionariedade, o poder de escolha conferida ao Administrador só pode ser atribuído pela lei e essa escolha deverá ser conforme os parâmetros legais.²⁹ Por isso — dentro dos

²⁸ Sobre discricionariedade e vinculação do ato administrativo, continua o autor: “Por isso dizíamos que, em rigor, não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários. Todos os actos são em parte vinculados e em parte discricionários. Assim, quando na linguagem corrente se fala em actos vinculados, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente vinculados* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são vinculados); e quando se fala em acto discricionários, está-se no fundo a pensar em *actos predominantemente discricionários* (ou então está-se a pensar nos aspectos em que tais actos são discricionários)”. Cf.: FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*. p. 86-88.

²⁹ Uma vez mais, importa frisar, em consonância com o entendimento de Moniz: “A ligação indissociável entre discricionariedade e normatividade fundamenta o afastamento de qualquer posição que pretenda reconduzir o exercício de poderes discricionários a uma escolha volitiva do titular do órgão: a decisão administrativa é uma decisão normativa”. Grifou-se. Cf.: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A discricionariedade administrativa

parâmetros oferecidos pela lei —, importa questionar se é mesmo livre essa escolha, ou seja, se pode a Administração decidir livremente dentre as várias opções apresentadas pela lei. Inicialmente, Freitas do Amaral entendia que sim, a discricionariedade possibilitaria a livre escolha da Administração, dentro dos parâmetros legais. Tendo em vista que o legislador confiou à Administração uma série de hipóteses, cabe a ela decidir livremente dentre essas hipóteses. Atualmente, o autor repensou a matéria e ponderou sobre a extensão dessa liberdade. Mais do que decidir dentre as possibilidades e em conformidade com a lei, cabe a Administração o dever de decidir pela melhor solução, a que tiver maior relação e respeito ao interesse público. Por isso, pode-se afirmar que “o poder discricionário não é um poder livre dentro dos limites da lei, mas um *poder jurídico* delimitado pela lei”. A *discricionariedade* não respeita apenas aos limites da lei, para além disso, ela deve estar em conformidade com os princípios que regem a Administração Pública, boa-fé, legalidade, imparcialidade, proporcionalidade e, sobretudo, a prossecução do interesse público.³⁰

Resulta do exposto até então que, em relação à decisão administrativa, o que gera especial desdobramento diz respeito ao aspecto discricionário do poder de decidir, já que, no caso do ato administrativo vinculado, o modo quase automático de agir não enseja grande discussão, posto que não há margem de escolha. Como visto, a abertura discricionária da decisão está limitada não apenas pela lei, mas também pelos princípios jurídicos orientadores da Administração Pública. Contudo, ainda assim, há uma margem de escolha que, embora

deva ser orientada por tais princípios jurídicos e pelo dever da boa administração, possibilita à Administração decidir conforme a sua *razão*.³¹ Ocorre que o sistema jurídico se encontra cada vez mais imbricado. Há cada vez mais espaço para a comunicação entre os ramos do direito e essa interdependência não é apenas uma faculdade, mas, muitas vezes, uma necessidade. É por isso que o poder discricionário nunca se confundirá com poder arbitrário. A administração, ao decidir, sempre deverá fundamentar sua decisão, baseada em amparo legal e estruturada por princípios jurídicos, em conformidade com o caso concreto. Diferentemente do particular, a Administração não poderá decidir injustificadamente. A vontade da Administração estará sempre subordinada à lei e aos princípios jurídicos.

Mas, nesse sentido, há que questionar pela existência de um elemento de *vontade* expresso através da decisão administrativa. A administração imprime uma manifestação de vontade em suas decisões? Entende-se, em conformidade com Moniz, que existe sim uma *vontade* subjacente à decisão administrativa, contudo, trata-se de uma “vontade normativa (e não psicológica).” A manifestação dessa “vontade normativa” passa pela construção de um processo — “faseamento (abstrato)” —, que inicia a partir da fixação prévia dos objetivos, passando-se pela verificação dos pressupostos, pos-

79

va: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa. In: *O Direito*. ano 144°, III. Almedina, 2012. pp. 599-651. p. 604.

³⁰ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*. p. 88-91.

³¹ Entende-se por *razão* a manifestação racional de vontade daquele que exterioriza a decisão jurídica administrativa. Assim esclarece Moniz: “[...] por um lado, a decisão administrativa — precisamente enquanto *ato jurídico decisório* — não pode abstrair do facto de corresponder à escolha de uma determinada solução para um problema jurídico; por outro lado, e porque a decisão é exteriorizada através de um ato praticado por uma pessoa física (ou um coletivo de pessoas físicas), o sistema contempla algumas exigências quanto à formação de vontade desses sujeitos”. Cf.: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa. In: *O Direito*. ano 144°, III. Almedina, 2012. pp. 599-651. p. 604-605.

sibilitando a formulação das hipóteses disponíveis para escolha, até que, finalmente, a Administração disponha dos mecanismos necessários para alcançar, por meio da ponderação das alternativas, a decisão que possa alcançar na maior medida possível o interesse público (coletivo).³² Esse “faseamento” é necessário para que a decisão administrativa conte com uma manifestação da “vontade normativa” da Administração, uma vontade amparada por critérios legais — e não subjetivos como na decisão privada —, posto que será exigida uma justificação ou fundamentação dessa decisão.

Como visto até aqui, de acordo com o princípio da legalidade, a decisão administrativa (discricionária ou vinculada) está sempre subordinada à lei e adstrita aos contornos do direito administrativo, composto por suas regras e princípios³³

³² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa. In: *O Direito*. ano 144^o, III. Almedina, 2012. pp. 599-651. p. 605.

³³ Para Dworkin, “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”, contudo, a distinção está na “natureza da orientação que oferecem”. As regras possuem aplicabilidade no modelo do tudo-ou-nada, isto significa dizer que: (a) uma regra é válida e, portanto, deve ser aplicada; ou, b) a regra não é válida e não merece ser aplicada. Já os princípios, possuem uma dimensão de peso e importância que falta às regras. Assim, quando “princípios se inter cruzam”, aquele que irá solucionar o conflito, deverá “levar em conta a força relativa de cada um”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39, 42-43. Ao referir que toda norma é regra ou princípio, Alexy refere que tal constatação possui semelhanças com a teoria apresentada por Dworkin, mas dela se distingue “em um ponto decisivo: a caracterização do princípio como mandamentos de otimização”. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91. RUFINO DO VALE refere que, após as críticas de AARNIO e SIECKMANN, na obra “On the structure of legal principles”, “Alexy passa a admitir que os mandatos de otimização representam comandos definitivos para que as normas sejam otimizadas”. Assim, após esta reformulação, Alexy considera que “os princípios, como objetos da ponderação, não são mandatos de otimização, mas sim mandatos a serem otimizados ou mandatos que se otimizam”. Cf.: VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102-103. Também nesse sentido refere Ávila que “a obra de Alexy sofre uma série de aperfeiçoamentos, tanto na própria definição de princípios como

que limitam, em maior ou menor medida, a atuação ou a manifestação da vontade normativa da Administração.

Entretanto, estando em causa uma decisão que envolva os interesses das crianças e adolescentes, essa estrutura acima analisada poderá, ou não, ganhar novos contornos. É necessário apurar se haverá uma interferência das normas que estruturam os direitos das crianças e adolescentes na composição das barreiras que limitam a atuação administrativa, ou se, em verdade, se está a falar do mesmo lado da moeda, em que o direito administrativo absorve os princípios estruturantes dos direitos da criança e do adolescente, incorporando-os ao interesse público. Para tanto, necessário realizar um breve estudo sobre os princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente para que, ao final, torne-se possível indicar alguns apontamentos conclusivos.

2. Princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente à luz da proteção integral

Antes de adentrar aos aspectos atinentes aos princípios norteadores dos direitos da criança e do adolescente, cumpre esclarecer algumas premissas. Aqui serão tratados especialmente os princípios do melhor (superior) interesse, bem como a absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente sob a égide da doutrina da proteção integral. Conforme se verá a seguir, o princípio do melhor (superior) interesse possui natureza internacional, pois advém da Convenção dos Direitos da Criança

mandamentos a serem otimizados, em vez de mandamentos de otimização, quanto na eficácia mesma dos princípios, ultimamente referidos como ‘dever ser ideal’, também com eficácia não estritamente prima facie”. Cf.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 131.

de 1989 (CDC) e está disposto em seu artigo 3, n. 1.³⁴ Por outro lado, a absoluta prioridade tem origem na Constituição Federal de 1988 (artigo 227), sem menção expressa equivalente na Constituição da República Portuguesa de 1979.³⁵

Com o objetivo de verificar se tais princípios se apresentam como princípios limitadores da Administração Pública, e ainda, no intuito de verificar se esses princípios se confrontam, em alguma medida, com o princípio da prossecução do interesse público, serão analisadas as características de ambos os princípios, restando a compreensão sobre o princípio da absoluta prioridade relacionado à concepção atribuída pela ordem jurídico-constitucional brasileira.

Ainda sob a perspectiva de uma elucidação preliminar, vale mencionar que, no Brasil, os direitos fundamentais da criança e do adolescente são amparados pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227. Posteriormente, a partir do clamor internacional, promovido pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, reconhecido internacionalmente como um documento-modelo para a estruturação jurídica dos direitos da crian-

ça e do adolescente. Daí a extrema importância de sua presença nessa investigação. Em Portugal, os direitos da infância e da juventude possuem amparo constitucional nos artigos 69º e 70º da Constituição portuguesa. Além de ter ratificado o documento internacional de maior importância para a proteção da infância e juventude, a CDC, Portugal possui ainda diversas leis esparsas que têm por objetivo a proteção dessa parcela da população, tais como — a título exemplificativo — a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.³⁶

A doutrina da proteção integral inaugurou no Brasil a “nova era dos direitos da criança e do adolescente”.³⁷ A afirmativa diz respeito à transição da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral. Isso porque, antes de atribuir uma proteção integral e plena às crianças e adolescentes, imperava a então chamada doutrina da proteção irregular, que apenas regulava a vida de crianças e adolescentes desamparados, fora do seio familiar.

A proteção integral visa a proteção de todas as crianças e adolescentes, independente de se encontrarem em situação irregular ou não. Consiste numa rede de proteção que resguarda os direitos fundamentais da criança e os princípios fundamentais que orientam as relações a que pertencem, buscando ações afirmativas que possibilitem a efetivação desses preceitos.³⁸ Não está expressa em nenhum dispositivo constitucional e o Estatuto da Criança

³⁴ Salienta FAY DE AZAMBUJA que “a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em que pese sua relevância no âmbito nacional e internacional, é ainda pouco manuseada e assimilada pelos diversos segmentos sociais, vindo a comprometer sua aplicação em maior escala e seriedade pelos povos firmatários. Para exemplificar, o artigo 3, n. 1. determina que *todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança*”. Cf.: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *A criança, o adolescente: aspectos históricos*. p. 2. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mprs.mp.br%2Fareas%2Finfancia%2Farquivos%2Faspectos_historicos_maregina.doc&ei=0Z_NUtrNLuHkQeNooHoCw&usg=AFQjCNHjX6VpRwKzskVFT2oCubF3TEJ2A&bvm=bv.58187178,d.eW0. Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

³⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 12.

³⁶ Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

³⁷ Para FAY DE AZAMBUJA, “vencia-se, na última década do século XX, a primeira etapa de um longo processo de transformação que perdura até os dias atuais”. Cf.: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 53.

³⁸ ELIAS reconhece que apenas a norma não basta “para que o melhor se concretize”, além disso, “os recursos destinados devem ser adequadamente empregados, bem como uma fiscalização para a con-

e do Adolescente, embora faça menção à proteção integral, não traz em si um conceito. Portanto, sua compreensão se perfaz por meio de construções, a partir da soma de elementos que caracterizam essa rede abrangente de proteção às crianças e adolescentes.³⁹ Trata-se de princípio cujas raízes foram construídas na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Nessa medida, tem sua origem nos documentos internacionais de proteção à criança, posteriormente incorporados tanto pelo ordenamento jurídico brasileiro, como pelo ordenamento jurídico português.

É no terreno da doutrina da proteção integral que os princípios do melhor (superior) interesse e da absoluta prioridade encontram espaço para germinar e estruturar o *novo* direito da criança e do adolescente. Na realidade, pela primeira vez na história dos direitos da criança e do adolescente são concedidos reais direitos, compreendidos como uma forma de desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

creta aplicação deles”. Cf.: ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

³⁹ Sobre o tema, AMIN destaca que “apesar do artigo 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral. A nova lei, como não poderia deixar de ser *ab initio* estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Cf.: AMIN, Andréia Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia. (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed., rev. e atual. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

⁴⁰ Sustenta-se que os direitos fundamentais, ao menos em regra, possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Entretanto, faz-se necessário realizar uma ressalva no que tange à dignidade, destacada neste dispositivo constitucional como um direito fundamental, afirmativa que requer um certo cuidado. Para Sarlet, “não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência nesse sentido”. Isto porque, “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico”. O que poderá

2.1 O princípio do melhor (superior) interesse da criança e do adolescente

A origem histórica do princípio do melhor (superior) interesse advém do direito anglosaxônico, do “instituto protetivo do *parens patrie*”, de acordo com o qual, ficavam sob a guarda do Estado os “indivíduos juridicamente limitados — menores e loucos”. Em 1959, foi reconhecido pela comunidade internacional como um dos princípios orientadores dos direitos da criança adotados pela Declaração dos Direitos da Criança daquele ano. Mas foi a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 que modificou a concepção desse princípio, consagrando a doutrina da proteção integral e sedimentando a conotação atribuída atualmente.⁴¹

Monaco aponta que, de início, a tradução brasileira para o princípio do melhor interesse (*best interest*) apresentou um “problema relativo ao âmbito objetivo de aplicação”, pelo “fato de nela se falar em interesse *maior* da criança, valendo-se de um critério quantitativo, logo refutado pela doutrina que optou por um critério qualitativo”, corrigindo a inconformidade e designando-o como o princípio do melhor interesse da criança, “de conotação

ocorrer, na verdade, é o reconhecimento de um direito ao “respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade”. É possível “falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa”. A partir deste viés deverá ser compreendido o direito à dignidade das crianças e adolescentes. Ainda salienta o autor que este aspecto “chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre”. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 84.

⁴¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. rev. e atual. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

similar àquela que o princípio adquire em Portugal, onde é chamado de princípio do interesse superior da criança”. Sob o ponto de vista subjetivo, o autor esclarece que o referido princípio se destina: ao “Estado-legislador”, que “dele deve se valer em sua atividade legislativa, zelando para que a lei preveja, sempre a melhor consequência para a criança”; ao “Estado-juiz”, que “em sua atividade de interpretação e aplicação de normas jurídicas”, deve primar por uma aplicação do princípio coincidente com as “necessidades reais da criança”; ao “Estado-administrador”, cujo compromisso reside na “implementação e execução de políticas públicas” voltadas para o atendimento de uma “efetiva aplicação do princípio”; bem como para a “a família (nuclear ou alargada)”, a qual deverá atentar para a “observância do princípio”, sempre que necessário considerar sobre “qualquer decisão que diga respeito à criança”.⁴²

Para Cunha Pereira, o princípio do melhor interesse é o resultado da nova concepção de família, despojada “de sua função econômica”, a família passa a ser “um núcleo de compreensão e companheirismo”, por isso, seu foco é voltado para a “valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros”. Nesse novo cenário, a criança “ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho”.⁴³ A grande dificuldade na abordagem desse princípio, está exatamente em sua delimitação conceitual,⁴⁴ visto que,

abstratamente, não há como determinar o melhor para a criança ou adolescente. Ainda assim, é possível delinear contornos, a fim de orientar uma provável decisão. Para o referido autor, o princípio do melhor interesse está ligado diretamente aos direitos fundamentais. Sustenta que, garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, significa dar o primeiro passo em direção ao atendimento de seu melhor interesse.⁴⁵

Para Fay de Azambuja, “a aplicação do princípio *the best interest* permanece como padrão”. Isto porque “não se trata de conceito fechado, definido e acabado. Relaciona-se diretamente com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana”. A autora explica a razão pela qual se deve atender ao melhor interesse da criança, ao afirmar que o respeito à dignidade da pessoa humana, passa também pelo respeito às vulnerabilidades comuns aos seres humanos, especialmente quando se está a tratar de crianças e adolescentes, cuja vulnerabilidade é maior em relação aos adultos.⁴⁶ Daí a necessidade da prevalência em atender aquilo que é considerado

83

den práctico, el de su aplicación *in concreto*, no lo es mucho menor en un plano general — su sentido y alcance como *standard* y como concepto jurídico —, momento intelectual que debe preceder al de su concreción en situaciones vivenciales específicas. Manifestación de esto es la forma diversa de tipificarlo los diferentes ordenamientos, y las deficientes definiciones teóricas y jurisprudenciales”. Cf.: HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del menor*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 101.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. p. 150-151.

⁴³ LIMA MARQUES e MIRAGEM afirmam que “a proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos mercedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se a partir daí, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos”. Ainda, os autores, referem que, de acordo com a já mencionada Declaração dos direitos da criança de 1959, “a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente: a criança, por motivo de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”. Cf.: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 125 e 130.

⁴² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização*. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA, 80. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 142-144.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148.

⁴⁴ HERNÁNDEZ afirma que “Ya es un lugar común hablar de la dificultad semántica y jurídica que entraña el concepto de interés superior de menor. Aun más conocido y comentado ese problema en el or-

o melhor para eles, visto que ainda se encontram em fase de formação e ainda não possuem discernimento completo para decidir o que é melhor para si. Fay de Azambuja esclarece ainda que atender ao melhor interesse, embora possa representar uma aparente quebra do princípio da igualdade, justifica-se, pois busca corrigir uma desigualdade nas relações em que crianças e adolescentes figuram como partes, tendo em vista que possuem uma vulnerabilidade que lhes é peculiar, enquanto pessoas em condição especial de desenvolvimento.⁴⁷

Quando estão em causa os interesses das crianças e adolescentes, decidir pelo seu melhor interesse, sobrepondo-se ao dos demais, jamais poderá significar uma forma de “discriminação positiva”, tampouco uma forma de favorecimento, pois disso não se trata. Trata-se, em verdade, de um modo de adequar os direitos que a criança e o adolescente possuem, em função da sua condição especial e, enquanto pessoas, “devem ser protegidos: a particularidade dessa proteção reside apenas na circunstância da menoridade, não da pessoa, onde não deve haver discriminação essencial”. O que precisa ficar claro é: sempre que estiver em causa a discussão sobre interesses ou direitos da criança, o “critério determinante é precisamente o do interesse do menor”.⁴⁸

⁴⁷ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *A criança, o adolescente: aspectos históricos*. p. 3.

⁴⁸ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del menor*. 2º ed. Madrid: Dykinson, 2007. p.140-141. De modo bastante claro e objetivo, Lima Marques e Miragem apresentam alguns contornos sobre o que deve pautar o atendimento ao melhor interesse: [...] hoje a expressão ‘melhor interesse’ (best interest), ‘bem-estar’ ou a expressão do art. 43 do ECA ‘vantagem’ para a criança deve ser interpretada à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, à luz dos direitos básicos assegurados no ECA, exatamente como faz a Convenção de Haia. Em outras palavras, a expressão passa a ter um duplo sentido (**Double coding**), é bem-estar econômico e afetivo, mas é direito à sua identidade cultural, é respeito aos seus novos direitos humanos, inclusive o de manifestar-se e ser sujeito ativo de sua própria adoção. Os valores a ponderar são, portanto, dois: não há bem-estar econômico-afetivo, se viola os direitos humanos culturais

Lopes apresenta alguns critérios que podem auxiliar na melhor compreensão de uma aplicação prática do que vem a ser o melhor interesse: “a idade da criança/estágio de desenvolvimento, os vínculos estabelecidos, a preferência da criança/oitiva e o cuidado e o afeto”. Além disso, a autora alia a esses critérios a necessidade de um conhecimento interdisciplinar por parte dos operadores do direito que lidam com as questões relacionadas à família e às crianças e adolescentes. Aponta a importância de se apropriarem de “noções de domínio da Psicologia e do Serviço Social”, de modo que estejam suficientemente sensíveis para vislumbrar o melhor para a criança e o adolescente, garantindo-lhes seus direitos fundamentais.⁴⁹ Com base no exposto, compreende-se que o melhor interesse da criança envolve o atendimento de suas necessidades psicofísicas, sobretudo respeitando seus direitos fundamentais.

2.2 O princípio da absoluta prioridade

Merece esclarecimento que o princípio do melhor interesse possui estreita relação com o princípio da absoluta prioridade, mas com este não se confunde. No caso brasileiro, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, quase reproduzindo o disposto no artigo 227, *caput* da Constituição Federal, refere o dever da família, da sociedade e do Estado de atender, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente. A inovação apresentada pelo Estatuto da Criança e

e de identidade da criança, não há respeito ao direitos humanos da criança, se a decisão desrespeita seu bem-estar afetivo ou econômico, só a conjunção destes dois fatores é que realiza a expressão, o conceito aberto ‘melhor interesse’ ou ‘vantagem’. [grifou-se] Cf.: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. p. 131.

⁴⁹ LOPES, Jaqueline Ferreira. O “melhor interesse da criança” e o “cuidado” na interface Psicologia e Direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. (Coords.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.119-121.

do Adolescente está em seu parágrafo único, que define a absoluta prioridade:

Art. 4º [...]

Parágrafo único. A garantia de **prioridade** compreende:

- a) **primazia** de receber **proteção** e **socorro** em quaisquer circunstâncias;
- b) **precedência** de atendimento nos **serviços públicos** ou de relevância pública;
- c) **preferência** na formulação e na execução das **políticas sociais públicas**;
- d) **destinação privilegiada** de **recursos públicos** nas áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.⁵⁰ [grifou-se]

Depreende-se da leitura desse dispositivo que, “por *absoluta prioridade* devemos entender que a criança e o adolescente devem estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes”, e que, em primeiro plano deve estar o atendimento de todas as suas necessidades. Além de esclarecer sobre a absoluta prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda aponta mecanismos, a fim de que se promova a exigibilidade desses direitos. Nessa medida, a “‘garantia de prioridade’ compreendida no parágrafo único do art. 4º será promovida e fiscalizada pelo Ministério Público, nos termos de suas funções institucionais, gravadas no inciso II do art. 129 da CF”. Também a destinação privilegiada de recursos públicos, “nas áreas relacionadas à proteção à infância e à juventude, está assegurada nos arts. 59, 87, 88 e 261, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente”.⁵¹

Facchini Neto esclarece que o constituinte de 1988, em observância à regra que exige “extrema parcimônia no uso de adjetivos, superla-

tivos ou ênfases” em textos legislativos, tomou o cuidado de utilizar a “expressão ‘absoluta prioridade’, uma única vez em todo o texto constitucional”, o que demonstra claramente que apenas em relação à esse núcleo da população se destina a “primazia”, “precedência”, “preferência” e “destinação privilegiada” de seus interesses, tal qual estabelece o parágrafo único do, já referido, artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, seguindo as palavras do autor, compreende-se que cabe ao Judiciário primar por uma devida aplicação do princípio da absoluta prioridade de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, na medida em que este, “dentro da sua missão constitucional de estrita aderência aos princípios e valores constitucionais, de concretizador e densificador de tais conteúdos normativos, compete o dever de prestar uma jurisdição atenta a tal primazia normativa”. E, quando provocado, deve cumprir o papel de “fiel fiscalizador”, de modo que “os demais poderes ajam em conformidade com tal primazia, não admitindo transigências”. Um dos benefícios da previsão constitucional da absoluta prioridade está na notável redução da “discricionariedade do legislador constituído”. Se o poder constituinte estabelece determinada prioridade, não pode o poder constituído, por ações ou omissões, estabelecer uma outra ordem de prioridades”. Quando o constituinte determina essa absoluta prioridade, deve o juiz levá-la a sério, pois constitui o seu dever “absorver esta informação” e zelar, “no exercício de suas funções para que a família, a sociedade civil e os órgãos estatais efetivamente ajam em conformidade com tal base principiológica”. É preciso que fique claro que “princípio também é norma jurídica, e não ornamento retórico”.⁵²

⁵⁰ Artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069/1990.

⁵¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. p. 19.

⁵² Para Facchini Neto: “Parece não haver dúvidas, assim, que o constituinte, ao estabelecer os princípios fundantes e reitores da so-

Também para Motta Costa, a absoluta prioridade, enquanto princípio constitucional, visa que tanto a família quanto a sociedade e o Estado se responsabilizem pela garantia dos “direitos previstos para as crianças e adolescentes com tal prioridade, frente a outros direitos e necessidades, seja no campo social mais amplo, seja nas relações horizontais”. Embora constitua princípio fundamental aos direitos da criança e do adolescente, e ainda que “claramente definido no texto normativo”, o princípio da absoluta prioridade “é passível de várias interpretações”, porquanto varia o seu “significado social e contextual”.⁵³

Considera-se que o princípio da absoluta prioridade pode ser entendido como uma “norma/princípio”, posto que “é o norte para a efetivação dos demais direitos e garantias fundamentais, retratando um ‘priorizar’ à infância e juventude, desde o recém-nascido até o adolescente”. Por isso, trata-se de princípio que vincula à família, à sociedade e ao Estado e, “a rigor, consiste no tratamento prioritário que todos devemos dar às relações que envolverem crianças e adolescentes”, posto que “há uma necessidade de cuidado especial para com esse segmento de pessoas”. Fonseca destaca que o rol do artigo 4º, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente não é taxativo, podendo, eventual-

cidade brasileira, dentre suas várias preocupações, deliberadamente escolheu uma delas como sendo a principal, aquela que foi colocada em “primeiro lugar”, primazia essa que é “superior a todas as outras”, de forma “incontestável” e sem possível contradição. Esse princípio fundante, tão clara e inequivocamente estabelecido, é o da absoluta prioridade com que a família, a sociedade e o Estado devem-se voltar à proteção dos direitos das crianças e adolescentes em todos os aspectos referidos no próprio texto constitucional. Cf.: FACCHINI NETO, Eugênio. Premissas para uma análise da contribuição do Juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Disponível em: <http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-02.pdf>. Acessado em: 10 de dezembro de 2015, p. 21-26.

⁵³ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 147 e 149.

mente, “existir alguma outra hipótese não arrolada a exigir a manifestação em absoluta prioridade”. Por ser absoluta, a prioridade não poderá deixar de ser respeitada pelo simples fato de não conter expressa disposição do mencionado artigo.⁵⁴

Amin defende que a absoluta prioridade destinada às crianças e adolescentes, deve ser encarada no sentido mais fiel à própria expressão, “não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte”. Para a autora, confrontando a necessidade da construção de uma creche ou de um abrigo para idosos, por exemplo, o administrador deverá decidir em favor das crianças. Ainda que haja, no Brasil, uma previsão legal também em favor do atendimento prioritário aos idosos, tal previsão é infraconstitucional, já que estabelecida pelo “artigo 3º da Lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor das crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral”. Justificando seu posicionamento, que “à primeira vista, pode parecer injusto”, a autora esclarece que, naquele caso, tratou-se apenas de uma ponderação de interesses. Na visão da autora, tendo em conta que o Brasil é considerado o “país do futuro”, parece adequado privilegiar aqueles que são o futuro do país: as crianças e adolescentes, o que torna “razoável e até acertada a opção do legislador constituinte”.⁵⁵

Ainda que possamos concordar com o primeiro argumento trazido pela autora, no caso brasileiro, parece-nos que a fundamentação para a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes não reside no fato de se considerar o Brasil um país

⁵⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. p. 18-19.

⁵⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente*. p. 20.

“do futuro”, mas sim, está relacionada com as necessidades especiais e peculiares atinentes à pessoa em fase de desenvolvimento. Ademais, a finalidade de se estabelecer uma prioridade absoluta aos seus interesses não reside precisamente nos benefícios para um país, mas ao contrário, a finalidade reside na proteção integral da criança e do adolescente, reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais. Por derradeiro, isso acarretará benefícios a longo prazo para o desenvolvimento de um país como o Brasil, onde por muito tempo as criança e adolescentes ficaram relegados às margens das decisões políticas e sociais. Estabelecer a absoluta prioridade no texto constitucional representa, sem dúvidas, uma forma de trazê-los ao centro dessas decisões.

Por outro lado, defende-se que, assim como o princípio do melhor interesse, a absoluta prioridade deve ser analisada dentro das circunstâncias experimentadas no caso concreto, em conformidade com as condições de possibilidade de cada situação em particular. Salvo melhor juízo, a absoluta prioridade não deve ser aferida sem qualquer tipo de avaliação prévia. Embora se reconheça que o princípio em análise é composto por duas palavras de extrema e inegável força “absoluta” e “prioridade”, entende-se que essa absoluta prioridade deva ser satisfeita não apenas na maior medida possível, mas dentro do possível, sempre ponderada pelas circunstâncias fáticas.

Resta evidente que o princípio da absoluta prioridade aliado ao princípio do melhor interesse e à luz da proteção integral constituem o fio condutor que permeia todas as normas de direitos da criança e do adolescente. Juntos, formam um mecanismo eficaz de proteção desses direitos, já que “são como elos de uma mesma corrente, que visam a amparar e proteger” essas pessoas em condição especial de desenvol-

vimento.⁵⁶ Como visto, são seres vulneráveis e que, portanto, merecem estar nessa condição privilegiada, sem que isso configure uma forma de desigualdade.

3. Os limites da atuação da Administração quando estão em causa os direitos fundamentais da criança e do adolescente

A Administração Pública tem por função decidir e proteger os direitos fundamentais dos administrados, e, muitas vezes, é chamada a decidir questões que envolvem os interesses da criança e do adolescente. Contudo, quando assim o faz, é necessário que haja o estabelecimento de regras que limitem essa atuação. Esses limites estão relacionados com o respeito aos direitos fundamentais dos administrados e com a prossecução do interesse público.⁵⁷

3.1 O princípio da prossecução do interesse público e os princípios do superior interesse da criança e do adolescente e da absoluta prioridade: um conflito entre princípios?

Conforme já demonstrado, o princípio da prossecução do interesse público visa o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da efetivação de medidas que beneficiem a maioria, buscando o atendimento das necessidades da

⁵⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. p. 22.

⁵⁷ Ao abordar o tema da utilização do direito privado pela administração, OLIVEIRA e DIAS mencionam que, embora a Administração não perca sua “capacidade de direito privado”, quando age assim, buscando maior celeridade em algumas situações, não poderá fazê-lo descomprometida de “*cautelas particulares*” que estabelecem limites à atuação da Administração quando esta recorre a este tipo de atuação. Tal como nos casos que envolvem o interesse de crianças e adolescentes, os autores destacam o respeito aos *direitos fundamentais dos cidadãos*, bem como o *respeito ao princípio da prossecução do interesse público* (dentre outros) como forma de resguardar um núcleo duro, o qual não pode ser posto em causa. Cf.: OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. p. 109.

coletividade. Por outro lado, os princípios do superior (melhor) interesse e da absoluta prioridade da criança e do adolescente, consagrados nos diplomas internacionais de proteção à esta parcela da população, são princípios cujo conteúdo se complementa e têm por finalidade a máxima proteção da criança e do adolescente, visando um atendimento prioritário de suas necessidades em detrimento dos demais. Tal assertiva parece revelar um aparente conflito entre princípios, quer seja, por um lado, entre os princípios do superior (melhor) interesse e da absoluta prioridade e, por outro lado, o princípio da prossecução do interesse público. A fim de verificar a existência real desse conflito, serão analisados, a partir de então, os detalhes do caso concreto.

Primeiramente, deve-se mencionar que os princípios em análise caracterizam princípios basilares de seus ramos de origem, vale dizer, para a Administração Pública (direito administrativo), bem como para os direitos fundamentais da criança e do adolescente (direitos da criança e do adolescente). Ambos os ramos jurídicos são construídos e estruturados dentro de um contexto específico e, a partir da análise desse contexto, será possível verificar a existência de conflito quando esses ramos se interconectam. É preciso referir que tais princípios encontram significado dentro de uma certa estrutura, contudo, quando essas estruturas dialogam entre si, é preciso que haja uma ressignificação permeada pelo equilíbrio entre os princípios basilares de cada ramo jurídico.⁵⁸

Já fora salientado que a prossecução do interesse público é o princípio basilar e o fio condutor da atividade administrativa. É a partir dele, aliado ao princípio da legalidade, que limites são estabelecidos ao poder de decisão da Administração Pública.⁵⁹

Assim também, os princípios de proteção da infância e juventude permeiam os direitos da criança e do adolescente, visando sua proteção não apenas no contexto familiar, mas também perante a sociedade e o Estado. Por isso, quando estão em causa os direitos da criança e do adolescente, estes devem ser respeitados com absoluta prioridade. Nessa medida, quando a Administração Pública está a decidir situações que envolvem esses direitos, os princípios e a estrutura do direito da criança e do adolescente como um todo, servem como um mecanismo limitador da atividade administrativa, posto que esta deve levar em conta tais orientações no momento da decisão.

Mas, se a Administração Pública também possui princípios basilares que, sobretudo, orientam seu modo de agir ou, mais do que isso, constituem princípios que a Administração tem o dever de respeitar — especialmente o princípio da prossecução do interesse público — então, nos casos que a Administração decide sobre questões que envolvem os interesses da criança e do adolescente, estaria ela (a Administração) agindo de modo incompatível com a sua estrutura jurídico-normativa? Parece-nos que não. Se compreendermos que o princípio da prossecução do interesse público visa a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (administrados) e satisfação dos interesses de uma coletividade, então, deve-se compreender que a satisfação desses interesses coletivos está diretamente relacionada ao

⁵⁸ Tal equilíbrio se dá pela vinculação e respeito aos direitos fundamentais que também imporá limites à atuação discricionária da Administração Pública. Cf.: ÁLVAREZ, Alejandra Boto. Actos administrativos que lesionam derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio. In: *Revista Vasca de Administración Pública*. n.º 96, mai-ago/2013. pp. 19-71. p. 20.

⁵⁹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. In: *Revista de Administración Pública*. n.º 187. Jan/abr. Madrid, 2012. pp. 141-170. p. 152.

atendimento, na máxima medida possível, dos interesses da criança e do adolescente.

Se percebermos os princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente nesse contexto, quer seja, em equilíbrio com os princípios basilares da Administração Pública, então, é possível afirmar que, nesse caso, realizar os interesses das crianças e adolescentes na máxima medida possível é o mesmo que atender ao interesse público, tendo em vista ser matéria de interesse público a proteção da infância e juventude.

Vale referir que, para Freitas do Amaral, a existência do direito administrativo fundamenta-se “na necessidade de permitir a Administração que prosiga o interesse público, o qual deve ter primazia sobre os interesses privados — excepto quando estejam em causa os direitos fundamentais dos particulares”.⁶⁰ Evidentemente que tal assertiva tem sentido no âmbito das relações que envolvem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, contudo, o que se está aqui a defender está para um pouco mais além. Diz respeito à identificação do interesse público (coletivo) com os interesses da criança e do adolescente, vale dizer, há casos em que a defesa do interesse público apontará no mesmo sentido que a defesa dos interesses da criança e do adolescente.

Contudo, nessa relação de equilíbrio entre princípios, entende-se que deve haver uma ponderação, no sentido de que nem sempre é possível atribuir prioridade absoluta aos interesses das crianças e adolescentes. Isso porque, em termos de planejamento orçamentário, por exemplo, nem sempre se pode atribuir tal prioridade. Mas, sendo esse o caso, o dever de respeito aos interesses da criança e do adolescente permanece, atendendo-se tais orientações, pelo menos, na máxima medida possível.⁶¹

⁶⁰ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 135.

⁶¹ Sobre planejamento orçamentário e a dificuldade brasileira na colocação das crianças em creches públicas, vale referir SORDI, José

4. Diálogo conceitual e tencionamento reflexivo entre o direito administrativo e os direitos da criança e do adolescente: testando a aplicabilidade em um caso concreto

O caso concreto ora analisado, visa testar as premissas já apresentadas no que tange às limitações impostas à Administração Pública quando esta decide sobre situações que envolvem os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim dispõe a ementa:

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 — SC (2003/0145439-2)

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.⁶²

Trata-se de Recurso Especial em Ação Civil Pública cominatória de obrigação de fazer interposto pelo Ministério Público do estado de Santa Catarina junto ao Superior Tribunal de Justiça, cujo objeto da ação original versava sobre as condições precárias, deficientes e irregulares de atendimento em um hospital infantil, situado no estado de Santa

Osvaldo de; NELSON, Reed Eliot; GALINDO, Pedro Reis. Problema da falta de vagas em creches: matriz de *loops* e a priorização de causas de problemas complexos. In: *RAP, Revista de Administração Pública*. vol. 48. Nov.-Dez./2014. FGV, São Paulo. pp. 1407-1429. p. 1409.

⁶² STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 — SC (2003/0145439-2). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200301454392&dt_publicacao=28/02/2005. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

Catarina. O estado argumentou a impossibilidade de cumprir a demanda determinada. O Ministério Público estadual ajuizou então a Ação Civil Pública contra o estado de Santa Catarina, com pedido liminar “estabelecendo um cronograma de atividades tendentes a regularizar o atendimento das consultas e cirurgias já agendadas na lista de espera de referido hospital e das demais unidades da Secretaria de Estado e Saúde”. A referida liminar foi concedida. Em contrapartida, o estado de Santa Catarina interpôs Recurso de Agravo de Instrumento, que fora provido por decisão monocrática, extinguindo o “processo, sem julgamento do mérito, por carência da ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido”.⁶³

Contra a decisão monocrática, o Ministério Público estadual interpôs Agravo Regimental junto ao próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que alegou “ausência de adequação legislativa e previsão orçamentária”, o que, segundo o aludido Tribunal, impedia a declaração da obrigação de fazer no sentido de sanar as dificuldades de atendimento no hospital que há cerca de um ano e meio deixava em espera cerca de seis mil e seiscentas crianças. Ademais, alegou ainda o Tribunal que a declaração de fazer, com o intuito de melhorar a qualidade do atendimento no hospital, por derradeiro, acabaria interferindo na esfera orçamentária, cuja tarefa compete à Administração Pública e seu poder discricionário para tal, não sendo possível interferir nessa seara, o que caracterizaria interferência entre os poderes. Por fim, o referido Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público restou, por unanimidade, indeferido.

Em Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, reformou a decisão, afastando o argumento da discricionariedade da Administração Pública nesse aspecto, haja vista a determinação constitucional do dever absoluto de prioridade aos interesses da criança e do adolescente, constante no artigo 227 da Constituição Federal brasileira. Assim, destacou o Ministro Relator Luiz Fux: “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia”. Ademais, aduziu o relator que, se a proteção integral destinada às crianças e adolescente fora consagrada pela Constituição Federal e sintetizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tal proteção envolve todas as searas que digam respeito aos interesses da criança e do adolescente, incluindo a “assistência médica aos menores em todos os âmbitos do Poder Público”. O Ministro destacou ainda que a expressão *absoluta prioridade* foi utilizada uma única vez em todo o texto constitucional, e que, se nem a Constituição Federal faz restrições à proteção da infância e juventude, “não pode o Poder Judiciário construir interpretações que as prejudiquem, omitindo-se em sua função de garantidor da observância ao regramento jurídico vigente”. Reiterou ainda que, por fim, havia a necessária dotação orçamentária, inclusive, constatando-se a existência de quantia substancial para o implemento das medidas solicitadas. Nesses termos, o Recurso Especial restou provido pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo reconhecida a legitimidade do Ministério Público estadual prosseguir com a ação até o julgamento de mérito.⁶⁴

⁶³ STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 — SC (2003/0145439-2).

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200301454392&dt_publicacao=28/02/2005. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

⁶⁴ STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 — SC (2003/0145439-2).

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/>

Como visto, o caso analisado elucida claramente a proposta até aqui exposta, no sentido de haver a possibilidade de os direitos fundamentais da criança e do adolescente apresentem barreiras à atuação discricionária da Administração Pública. Na qualidade que possui o Ministério Público, de zelar pelos direitos e interesses da criança e do adolescente, compete-lhe o dever de promover esses direitos, ainda que isso implique adentrar na esfera discricionária da Administração.

No caso brasileiro, isso se torna ainda mais perceptível, haja vista a Constituição Federal ter alcançado uma prioridade absoluta aos interesses da criança e do adolescente. Mas, vale reiterar, entende-se que, especialmente no referido aspecto constitucional brasileiro, a absoluta prioridade conferida aos interesses das crianças e adolescentes, em nada fere o princípio da isonomia, tampouco confronta-se com o princípio da prossecução do interesse público, perquirido pela Administração ao tomar suas decisões. Ao contrário, fica demonstrado que o estabelecimento de uma prioridade absoluta no próprio texto constitucional, revela um interesse geral e coletivo de, exatamente, destinar uma proteção especial à essa parcela da população.

Conclusão

Como visto, o direito administrativo estabelece princípios limitadores da atuação da Administração Pública, a começar pela primazia do interesse público e o devido respeito ao princípio da legalidade, pois, se assim não fosse, seria facultado à Administração uma amplitude muito maior no seu modo de gerir, possibilitando que esta prosseguisse seus próprios fins, independentemente do respei-

to às regras previamente estabelecidas. É claro que existe uma margem discricionária a qual a Administração pode se permitir, já que é impossível que a lei anteveja todas as situações e casos concretos de forma detalhada. Porém, tal discricionariedade fica sempre adstrita aos pressupostos legais. Ou seja, a Administração não fica sempre e totalmente vinculada à norma, mas sim, subordinada ao que foi pré-determinado pelo legislador. Desse modo, as decisões administrativas podem não ser sempre *vinculadas* e, quando *discricionárias*, estão sim *subordinadas* ao princípio da legalidade.

Pelo princípio da legalidade, a Administração deverá sempre proteger e prosseguir o interesse público, princípio basilar na construção do direito administrativo. Proteger os interesses gerais, além de um dever por parte da Administração, é também um direito garantido aos administrados (cidadãos). O interesse público, além de compreendido como o bem *de e para* todos, ou *bem comum*, é também compreendido como aquilo que uma generalidade elege como sendo as suas prioridades, o *melhor* para a maioria. Assim, quando a Constituição de um Estado determina que acima de tudo está o superior interesse das crianças e adolescentes — garantido com absoluta prioridade —, revelando que é esta a vontade dos seus cidadãos, então, o reconhecimento diferenciado dos interesses das crianças e adolescentes deve ser visto em consonância com o interesse geral, como sendo este o interesse público.

Buscou-se assentar nessa perspectiva a presente investigação, a fim de demonstrar que, respeitada a discricionariedade conferida, também por lei, à Administração Pública, entende-se que os direitos fundamentais e os princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente, com o devido respeito ao princípio da legalidade, apresentam-se na qualidade de limites ao modo de agir da Adminis-

tração. Impõem barreiras à margem discricionária da Administração Pública quando esta fica frente a um caso concreto, cujo objeto versa sobre os interesses da infância e juventude.

Com base no caso concreto analisado, buscou-se demonstrar que o tencionamento reflexivo entre o direito administrativo e os direitos funda-

mentais da criança e do adolescente determina a relação e a conexão, também, de seus respectivos princípios. Nessa medida, o respeito aos interesses da criança e do adolescente pode ser compreendido como o respeito ao interesse público, a ser prosseguido pela Administração com vistas à garantia do bem comum, sua tarefa primordial.

O CONVÍVIO FAMILIAR DO MAIOR ACOMPANHADO: DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A RESPOSTA DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL¹

Thaís N. Cesa e Silva

Advogada; Investigadora Acadêmica do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Resumo: *Mediante o reconhecimento mútuo de vulnerabilidade e autonomia do maior acompanhado, o presente estudo analisa a tutela devida ao exercício dos direitos pessoais do sujeito vulnerável submetido a medida de acompanhamento, designadamente no seu âmbito familiar. Para o efeito, verifica-se o ponto de origem do direito ao convívio familiar do maior acompanhado, nomeadamente o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, e procede-se a uma análise comparativa com o instituto da alienação parental, por forma a aplicar as soluções previstas à violação do direito ao convívio familiar em contexto de vulnerabilidade.*

Palavras-chave: *Maior Acompanhado. Personalidade. Convívio Familiar. Alienação Parental.*

Abstract: *Through the mutual recognition of vulnerability and autonomy of the accompanied adult, the present study analyzes the protection due to the exercise of the personal rights of the vulnerable subject submitted to the accompanying measure, namely within the family. For this purpose, the point of origin of the right to family life of the accompanied person is verified, namely their right to personality development, and a comparative analysis is carried out with the parental alienation institute, in order to apply the solutions to the violations of the right to family life in a context of vulnerability.*

Keywords: *Accompanied adult. Personality. Family life. Parental alienation.*

1. O Regime do Maior Acompanhado: Salvaguarda de Interesses e Autodeterminação

Consoante a teoria geral dos sujeitos da relação jurídica, a personalidade jurídica corresponde à *aptidão para ser titular de relações jurídicas*, sendo adquirida no momento do nascimento completo e com vida (art. 66º, Código Civil), ao passo que representa “uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos”².

Inerente à personalidade jurídica, está a *capacidade de gozo de direitos*, referente à suscetibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, designadamente a “capacidade jurídica para exprimir a aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas”³; *quaisquer relações jurídicas*, salvo disposição legal em contrário (art. 67º, Código Civil).

Por outro lado, e distintamente, há a *capacidade de exercício de direitos*, concernente à suscetibilidade de *colocar em prática* os direitos e obrigações, ou seja, “a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo

¹ Dedico este estudo ao meu primo Maurício Nóbrega, maior acompanhado cuja autonomia tem, como principal forma de manifestação, justamente a prestação de carinho e atenção aos seus familiares

² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 193.

³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 194.

direitos ou assumindo obrigações”⁴, representando a “aptidão para pôr em movimento a esfera jurídica própria, para, por actividade própria, produzir consequências jurídicas no conjunto de direitos e obrigações de que se é titular”⁵.

A capacidade de exercício de direitos somente é adquirida aos dezoito anos de idade, momento em que o sujeito fica *habilitado a reger a sua pessoa* (art. 130º, Código Civil). Assim, os menores de idade, apesar de serem titulares de direitos e obrigações (capazes de gozo), não são capazes de exercer estes direitos e deveres por ato próprio (art. 123º, Código Civil), apenas mediante representação⁶.

Essa ausência de aptidão para atuar pessoal e autonomamente, referente à inidoneidade para praticar uma atividade jurídica própria, geral ou específica, corresponde à chamada *incapacidade de exercício de direitos*, que não é exclusiva dos menores de idade.

Como forma de tentar proteger aqueles que, mesmo maiores de idade, não possuem discernimento suficiente para uma plena atuação na vida civil, o legislador civil de 1966 entendeu pela previsão de casos de diminuição da capacidade de exercício desses sujeitos, a fim de protegê-los de si mesmos, de atos próprios imperitos que pudessem os prejudicar. Esta previsão legal referia-se aos institutos da interdição e da inabilitação, que acabaram por suscitar muitas críticas doutrinárias em razão da sua fórmula rígida e abstrata⁷, o que

abriu as portas ao atual regime de acompanhamento dos maiores.

O Novo Regime do Maior Acompanhado (Lei nº 49/2018), impulsionado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também conhecida como Convenção de Nova Iorque (ONU, 2006)⁸, acarretou mudanças significativas no Código Civil português, designadamente no que respeita ao regime das incapacidades e do antigo instituto da interdição e inabilitação.

O novo modelo atribuiu às pessoas com deficiência a condição de sujeito de direitos⁹, e não mais apenas a posição de destinatário de políticas assistencialistas e paternalistas¹⁰. A regra passou a ser a da capacidade de exercício de direitos de todos os maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade, o que se traduz numa “inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade”¹¹.

As medidas do regime de acompanhamento dos maiores têm como objetivo a salvaguarda do bem-estar e recuperação do sujeito, de modo a garan-

respeito ao seu património.” Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, “Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto”, *RJ/LB*, Ano 5 (2019), nº 1, p. 1453.

⁸ Vigente em Portugal desde 2009, com aprovação pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 30 de julho, e ratificação pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30 de julho.

⁹ Artigo 138º do Código Civil: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”. Grifo meu. Sobre os atos do maior acompanhado quanto à própria saúde, vide PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O Maior Acompanhado e o Consentimento Para Atos Em Saúde”, in MONTEIRO, António Pinto (Coord.), *O Novo Regime Do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2019, pp. 189-221.

¹⁰ MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei nº 49/2018”, in *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, nº 2, 2019, p. 1.

¹¹ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto”, *RJ/LB*, Ano 5 (2019), nº 1, p. 1449-1490.

⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 195.

⁵ *Ibidem*.

⁶ O art. 127º do Código Civil prevê exceções baseadas na maturidade do menor de idade para exercer determinados atos da vida civil por ato próprio.

⁷ “[...] o sistema era gizado em abstrato, sem ter em conta as especificidades de cada sujeito concreto, a solução que se dispensava era globalizante: havendo fundamento para a interdição e sendo esta decretada pelo Tribunal competente, o sujeito via-se impossibilitado de praticar qualquer ato, fosse ele próprio da sua vida pessoal, dissesse ele

tir o pleno exercício dos seus direitos e obrigações (art. 140º, nº 1, Código Civil), sendo aplicadas apenas *subsidiariamente*, ou seja, somente quando as finalidades prosseguidas não sejam alcançáveis mediante o cumprimento de outros deveres gerais (art. 140º, nº 2, Código Civil).

A primordial característica do regime atual corresponde à garantia do *respeito pela vontade e autonomia* do maior, o que vem traduzido nos artigos 141º, nº 1, do Código Civil —segundo o qual o acompanhamento tem de ser requerido pelo próprio maior carecido de proteção ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível¹² — e 143º, nº 1, do mesmo diploma, que prevê a regra da escolha do acompanhante pelo próprio maior acompanhado¹³.

Em termos de conteúdo, ao regime do maior acompanhado também foi atribuído novo molde, mais circunstancial: a medida do acompanhamento limita-se ao *necessário* (art. 145º, nº 1, Código Civil). Assim, mesmo que se conduza a uma representação legal em que se aplique o regime da tutela, essa representação será adstrita ao constatado concretamente sobre as necessidades do beneficiário, sendo decretada de forma geral ou especial (art. 145º, nº 2, alínea b, Código Civil), e não de modo generalizado como ocorria com a interdição, devendo o acompanhamento cessar quando, e se, as

suas causas justificativas cessarem.

Dessa forma, a atuação autônoma do acompanhado na sua vida civil fica dependente do específico molde atribuído pelo juiz à medida adotada, cujo conteúdo pode variar entre um mínimo e um máximo, sendo determinado em função das necessidades particulares de cada sujeito. Conforme António Pinto Monteiro¹⁴, deparamo-nos com “um modelo *flexível e humanista*”, que se fundamenta em “medidas adoptadas *casuisticamente* e periodicamente *revistas*, prioritariamente destinadas a *apoiar* quem delas necessite”, sem que isto impeça o suprimento de incapacidade em caso excepcional, “sempre com respeito pelos princípios da *adequação*, da *proporcionalidade* e da *dignidade* da pessoa humana”.

Neste aspecto, importa mencionar que, em regra, o acompanhado permanece livre para o exercício dos seus *direitos pessoais* em qualquer caso, com a ressalva de decisão judicial expressa em sentido contrário (art. 147º, nº 1, Código Civil). O nº 2 da mesma disposição legal prevê quais são esses direitos pessoais, estando entre eles o *direito de cuidar e de educar os filhos*, bem como o *direito de estabelecer relações com quem entender*.

Efetivamente, o atual Regime do Maior Acompanhado veio a atribuir às pessoas com deficiência uma renovada condição, em que se tutela especialmente a sua dignidade e autonomia, por meio do respeito pelo seu poder de autodeterminação em primeiro lugar. Verifica-se, indubitavelmente, o ganho de uma *valorização dos direitos fundamentais*¹⁵

¹² “Prescinde-se, contudo, da autorização do beneficiário, quando este não possa livre e conscientemente prestá-la ou quando se considere existir um fundamento atendível. Nessas hipóteses, o tribunal pode suprir a referida autorização. É ainda possível requerer-se o acompanhamento sem qualquer autorização por iniciativa do Ministério Público”. Cfr. *Idem*, p. 1456.

¹³ O artigo também prevê a possibilidade de escolha do acompanhante pelo representante legal do acompanhado, o que tem aplicação no caso previsto no artigo 142º, CC, que dispõe sobre a possibilidade de requerimento do acompanhamento no ano anterior à maioridade, ou seja, os pais ou representantes legais do menor podem escolher o acompanhante um ano antes do acompanhado completar dezoito anos.

¹⁴ MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, nº 2, 2019, p. 6.

¹⁵ Sem prejuízo das renovadas previsões protetivas sobre a pessoa com deficiência, esta já encontra tutela constitucional própria desde a versão originária da Constituição da República Portuguesa, no artigo 71º, que “comporta duas dimensões essenciais: [...] uma vertente negativa, que consiste no direito das pessoas com deficiência a não serem

do maior acompanhado; direitos estes que passam a ocupar posto de destaque no âmbito do novo regime, que *protege sem incapacitar*¹⁶.

2. A Tutela da Personalidade do Maior Acompanhado: O Direito à Convivência Familiar

A noção da pessoa com deficiência como ser humano plenamente digno e autônomo, que vem especialmente reforçada pelo atual Regime do Maior Acompanhado, vincula-se diretamente ao *direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade*, previsto no artigo 26º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.

O reconhecimento, pela revisão constitucional de 1997, de um direito ao desenvolvimento da personalidade, não representou algo tão inovador como parece, dado que o bem tutelado é decorrência direta da própria dignidade da pessoa humana, prevista originariamente no artigo 1º da CRP. Neste sentido, conforme Paulo Mota Pinto, a “afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já *corolários* do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado”¹⁷.

privados de direitos ou isentos de deveres [...]”, e “uma vertente positiva, que consiste no direito a exigir do Estado a realização das condições de facto que permitam o efetivo exercício dos direitos e cumprimento dos deveres [...]”, sendo que “fica excluído apenas o gozo daqueles direitos fundamentais para os quais de facto se achem incapacitados [...]”. Cfr. NETO, Luísa, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIFE, 2018, p. 96-97.

¹⁶ MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, nº 2, 2019, p. 10.

¹⁷ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*,

O direito ao desenvolvimento da personalidade¹⁸ liga-se fundamentalmente ao conceito de autodeterminação, autonomia, conformação própria, enformando a pessoa humana como eixo decisório livre e autônomo. A tutela da personalidade humana tem como alicerce, nesta senda, a liberdade de desenvolvimento de acordo com o “próprio projeto, situação e possibilidades, independentemente da vinculação a um determinado modelo de personalidade, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha”¹⁹.

A proteção da liberdade de desenvolvimento considera a personalidade humana de forma ampla, global, o que conduz à correspondência civilística do direito geral de personalidade, previsto no artigo 70º, nº 1, do Código Civil português, que protege a personalidade contra qualquer ofensa ilícita, ou seja, contra qualquer limitação indevida no exercício do(s) direito(s) de personalidade.

Em que pese a não redução conceitual, “a previsão expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade tem como sentido fundamental tutelar a *diferença da individualidade* de cada ser humano”²⁰, ao que se atribui especial relevo quando se trata de pessoa com deficiência, a qual apresenta individualidades nem sempre devidamente compreendidas. Neste sentido, o que se almeja com a

Gestlegal, 2018, p. 10.

¹⁸ No direito alemão, a Lei Fundamental prevê a proteção do direito ao *livre* desenvolvimento da personalidade logo no artigo 2º (Direitos de liberdade), §1, com o seguinte texto: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

¹⁹ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 27.

²⁰ *Idem*, p. 17.

tutela da personalidade da pessoa com deficiência é designadamente “respeitar a diferença de cada um e a compreensão do que são as suas necessidades precisamente para efeitos da *cabal consecução do direito ao livre desenvolvimento da personalidade*”²¹.

A tutela da liberdade de atuação como liberdade de realização da personalidade, individual e única, tem como meio de expressão, ainda, “a liberdade de decisão e de ação para concretização das decisões em que o *projeto biográfico* de cada qual, numa perspetiva dinâmica, se desdobre, mesmo que em contextos de vulnerabilidade”²² [Grifo meu].

Sendo assim, a *família* surge como um campo afirmativo e concretizador dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade dos seus membros, igualmente dos membros maiores de idade sob regime de acompanhamento. Neste sentido, a própria Convenção de Nova Iorque, sobre os direitos das pessoas com deficiência, prevê como princípio geral a “participação e inclusão plena e efetiva na sociedade” (art. 3º), e, sendo assim, também na família.

Do exposto, podemos retirar a tutela do direito ao convívio familiar do maior acompanhado²³, que, mesmo sob medida de acompanhamento, deve

ter resguardado o exercício deste direito pessoal²⁴ — *livre* (art. 147º, nº 1, Código Civil).

Sublinha-se que a convivência familiar, enquanto forma de relação entre pessoas, encontra guarida no próprio regime do maior acompanhado, no artigo 147º, nº 2, do Código Civil, que, dentre os exemplos de direitos pessoais que apresenta, elenca o direito pessoal (*livre*) do maior acompanhado de *estabelecer relações com quem entender*. Neste aspecto, vislumbra-se a proteção do convívio familiar também pelo significado do direito ao desenvolvimento da personalidade, que “é por natureza comunicativo e ocorre em interação, tendo como contexto necessário, as relações com as outras pessoas no “mundo-da-vida”²⁵.

O direito ao convívio familiar do maior acompanhado é reforçado, ainda, pela consideração das pessoas idosas como beneficiárias do atual regime protetivo. António Pinto Monteiro sublinha que, “na actual formulação ampla que permite o recurso às medidas de acompanhamento cabem as pessoas idosas e/ou doentes”²⁶. Desse modo, é cabível aplicar a previsão expressa constitucional sobre a tutela da *terceira idade*, no sentido de garantir aos idosos o *convívio familiar e comunitário* por forma a respeitar a sua autonomia pessoal (art. 72º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa).

²¹ NETO, Luísa, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIJE, 2018, p. 97-98.

²² PEDRO, Rute Teixeira, “(In)suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIJE, 2018, p. 162.

²³ Ao passo que o direito ao convívio familiar do maior acompanhado é derivado da tutela geral da personalidade, o direito ao convívio familiar dos incapazes em razão da menoridade, nomeadamente os filhos menores de idade, é regulado pelo instituto das responsabilidades parentais — regime este que pode, inclusive, vir a ser aplicado no âmbito de medida de acompanhamento, conforme o artigo 145º, nº 2, alínea *a*, do Código Civil, o que será analisado mais adiante, como sustento ao paralelo com o instituto da alienação parental.

²⁴ Pressupõe-se, no que ora se defende, que o maior acompanhado tenha expressado sua decisão no sentido de exercer o direito ao convívio familiar, por meio da dimensão de liberdade de ação do próprio direito ao desenvolvimento da personalidade, reconhecida por Paulo Mota Pinto (PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 23); dimensão esta que daria guarida igualmente à decisão livre de não conviver com seus familiares.

²⁵ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 18.

²⁶ MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, nº 2, 2019, p. 7.

3. A Composição e o Exercício da Medida de Salvaguarda: Dever de Cuidado à Luz do Cuidado Familiar

Como já vimos, a medida de acompanhamento limita-se ao necessário (art. 145º, nº 1, Código Civil). Por forma a respeitar e permitir o *livre desenvolvimento da personalidade do maior acompanhado*, a medida imposta pelo juiz deve ser composta somente da tutela dos atributos prejudicados pela vulnerabilidade do beneficiário, a fim de atender a um modelo de intervenção que valorize a autonomia deste e promova as propriedades e os atributos plenos da sua personalidade.

Nesta perspectiva, valemo-nos da explicação de Paulo Mota Pinto sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade em relação à intervenção estatal, que entendemos perfeitamente aplicável ao que se deve buscar com a medida de acompanhamento: “a noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não podendo o Estado impor uma personalidade-modelo, em nome da boa cidadania, de uma certa concepção de progresso ideológico, ou de um qualquer outro *standard*”²⁷.

O exercício da medida de acompanhamento por parte do acompanhante deve seguir determinadas regras, nomeadamente, o regime da tutela, com as adaptações que se mostrarem necessárias (art. 145º, nº 4, Código Civil).

A prática das funções do acompanhante deve, ainda, seguir a manutenção permanente de contato com o acompanhado (art. 146, nº 2, Código Civil), a prestação de contas (art. 151º, Código Civil), bem como a atuação de modo a evitar conflitos de interesses com o acompanhado, sob pena da anulabilidade do ato praticado (art. 150º, Código Civil).

²⁷ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 28.

Primordialmente, é imprescindível que o dever do acompanhante seja prestado por forma a atender à *ética do cuidado*, isto é, a humanização do cuidado alcançada pelo próprio regime em apreço, que abandona o método paternalista para adotar uma forma de cuidado voltada à responsabilidade pelo bem-estar das pessoas²⁸. Para o efeito, *o dever de cuidado precisa ser interpretado à luz do cuidado familiar*, tendo em vista o papel da família no domínio do cuidado recíproco entre seus membros²⁹.

Conforme Rute Teixeira Pedro³⁰, a família deve constituir uma resposta para as vulnerabilidades que seus membros apresentam, e de modo que não se permita a derivação de outras vulnerabilidades dessa mesma atuação protetiva. O cuidado familiar pauta-se pela atuação de outrem em benefício da pessoa vulnerável, de modo a fortalecer e fomentar a solidariedade intrafamiliar. O cuidado prestado pelo acompanhante deve garantir essa realidade, seja o cuidador pessoa da família — garantindo a convivência do acompanhado com seus próprios familiares —, seja outra pessoa idônea ou indicada (art. 143º, Código Civil), tendo em vista, também, a *função assistencialista* familiar, que não deve ser esquecida.

²⁸ IBÁÑEZ, Jorge Gracia, “O direito e o dever de cuidado: Elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIJE, 2018, p. 73.

²⁹ Neste ponto importa referir a ressalva feita por Ibáñez: “A solidariedade intergeracional no seio das famílias, que estariam a suportar uma parte importante dos cuidados nas nossas sociedades, não pode ser uma desculpa, a nosso ver, para os Estados não intervirem através de políticas públicas adequadas desde uma perspectiva de direitos”. IBÁÑEZ, Jorge Gracia, “O direito e o dever de cuidado: Elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIJE, 2018, p. 74.

³⁰ PEDRO, Rute Teixeira, “(In)suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis”, in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CIJE, 2018, p. 167-168.

A relevância e a imprescindibilidade da interpretação do dever de cuidado prestado ao maior acompanhado à luz do cuidado familiar vêm expressas, inclusive, no texto do artigo 146º, n.º 1, do Código Civil, que condiciona o exercício da função do acompanhante à *diligência requerida a um bom pai de família*.

4. A Tutela da Personalidade do Maior Acompanhado à Luz das Soluções do Instituto da Alienação Parental no Direito Comparado

Apresentado o fundamento da tutela do exercício do direito ao convívio familiar pelo maior acompanhado, partimos a uma análise da possibilidade de aplicação do instituto da alienação parental para designar as situações em que o referido exercício de direito é limitado indevidamente por parte do acompanhante. Para tanto, começemos por analisar o instituto da alienação parental, que, não obstante se destine a designar a violação da relação jurídica advinda do regime das responsabilidades parentais (relação paterno-filial na menoridade dos filhos), tem como principal alicerce de justificação a *condição de vulnerabilidade da vítima face à violação do seu convívio familiar*.

A alienação parental teve sua primeira definição apresentada por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do departamento de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, nos EUA, em 1985, após sua experiência como perito judicial. Na época, o docente conceituou o fenômeno como um transtorno que acarreta a transformação da consciência dos filhos, por meio de estratégias de um dos progenitores, no objetivo de “impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor”, através de uma “campanha injustificada de difamação contra um dos pais, que surge

principalmente no contexto de disputas de custódia de crianças”³¹. Mais tarde, em 2001, aprimorou o conceito ao acrescentar que o distúrbio resulta da “combinação de um sistemático endoutrinação por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança, destinadas a denegrir o progenitor objeto da campanha”³².

Esses foram os primeiros passos dados no sentido da conceituação do fenômeno da alienação parental, com o inquestionável objetivo de assentar uma conscientização social acerca do assunto. A excelência das pioneiras pesquisas atesta-se pela proximidade com os conceitos apresentados na doutrina atual. Sandra Inês Feitor³³ entende a alienação parental como um “conflito conjugal transformado em conflito parental”, e explica constituir um maltrato e abuso emocional dos filhos do casal. Na expressão da autora, a alienação parental representa um fenômeno sócio-jurídico globalizado e consolida um “agir contrário ao superior interesse da criança e à parentalidade positiva”, além de realizar o papel de “promoção da orfandade afectiva dos filhos menores [...], que através de um processo de manipulação dos seus sentimentos e emoções e, de imposição de um conflito de lealdade, leva à rejeição do convívio e afectos com o outro progenitor e, por norma, com a restante família alargada”.

Verifica-se a existência de três atuações, quais sejam: o sujeito ativo, denominado *alienador*, que corresponde àquele que detém a guarda, autoridade ou poder de vigilância, e promove a alienação;

³¹ GARDNER, Richard A, “Recent trends in divorce and custody litigation”, in *Academy Forum*, vol. 29, n. 2, 1985, disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm> (acesso em 20 de abril de 2019).

³² GARDNER, Richard A, “Parental alienation Syndrome (PAS): Sixteen years later”, in *Academy Forum*, 2001, disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01b.htm> (acesso em 20 de abril de 2019).

³³ FEITOR, Sandra Inês, “Alienação parental numa perspetiva de direito comparado”, in *Revista científica IBDFAM*, n.º 35, ago-set, 2013., p. 2.

o sujeito passivo, denominado *alienado*, referente àquele que sofre a quebra de convivência e é afastado, bem como seus familiares; e a *vítima*, que corresponde à criança ou adolescente, ou seja, quem sofre a interferência psicológica e manipulação, na sua condição de vulnerabilidade.

A caracterização da vítima nesse processo denota, inquestionavelmente, a sua condição de vulnerável, tendo em vista o papel que desempenha, atingido por manipulações e interferências psicológicas, facilmente exercitáveis em razão da fase de desenvolvimento da criança e do adolescente. Nesse sentido, pode-se afirmar que o fator permissivo do ato de alienação parental é, sem sombra de dúvidas, o estado de vulnerabilidade do sujeito vitimado. Desse modo, levanta-se a possibilidade de encaixe de outras figuras familiares, igualmente vulneráveis, nesse prejudicado papel, designadamente o *familiar na condição de maior acompanhado*.

Tendo em vista a finalidade do instituto da alienação parental de tutelar especificamente a manutenção saudável do convívio familiar, prevenindo consequências à violação deste exercício de direito — já devidamente fundamentado como direito pessoal protegido no domínio do regime do maior acompanhado — parece-nos cabível o reconhecimento daquele instituto no domínio da tutela da pessoa com deficiência, como forma de assegurar a não alienação desta em relação aos seus familiares, por parte de acompanhante eventualmente mal intencionado.

Ainda que não se assemelhe a uma relação jurídica automaticamente recíproca como o instituto das responsabilidades parentais, restou demonstrado que a relação jurídica que rege a proteção do maior acompanhado, correspondente à ligação deste com o acompanhante designado, igualmente deve tutelar a personalidade do beneficiário no

âmbito da garantia do exercício do direito à convivência familiar, quando esta for desejada e possível. Neste contexto, o paralelo entre a condição do maior acompanhado e a condição do filho tutelado pelo instituto das responsabilidades parentais é corroborado pela previsão do artigo 145º, nº 2, alínea *a*, do Código Civil, que dispõe sobre o cabimento do exercício das responsabilidades parentais, ou da provisão dos meios de as suprir, ao acompanhante designado.

Na construção desse paralelo, parte-se de uma condição de saúde para alcançar uma solução jurídica. A situação que justifica a imposição de uma medida de acompanhamento corresponde, justamente, a razões de saúde (art. 138º, Código Civil), que, no mais das vezes, constituem a própria deficiência do maior acompanhado e a sua condição de vulnerabilidade. O reconhecimento dessa caracterização vulnerável tem como efeito a proteção do sujeito contra a sua própria vulnerabilidade a situações prejudiciais, que incluem atos de *manipulação por parte de terceiros*³⁴, aptos a interferir negativamente no domínio de proteção e preservação da integridade psicológica do maior acompanhado.

Por forma a realizar uma adaptação das condutas características da alienação parental para o caso da vítima na condição de maior acompanhado, a fim de tornar visível o paralelo que ora se busca concretizar, valemo-nos da analogia feita por Cláudia Barbedo³⁵: realizar campanha de desqualificação ao familiar alienado; dificultar o exercício do dever

³⁴ A sujeição do maior acompanhado a atos de manipulação é corroborada pela análise de Joaquim Correia Gomes que, ao traçar um esboço de uma nova teoria jurídica das capacidades, em que entrelaça direitos humanos e capacitação, define a autonomia pessoal como a condição da pessoa não subordinada por qualquer tipo de coerção, manipulação ou incentivo. Cfr. GOMES, Joaquim Correia, "Autonomia e (in)capacidades: Passado, presente e futuro", in *Autonomia e Capacitação: Os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, CJE, 2018, p. 69.

³⁵ A autora faz esta analogia ao tratar do *idoso* como vítima de alienação parental, que aqui aplicamos ao caso do maior acompanhado. BARBEDO, Cláudia Gay. "A possibilidade de ser extensão da lei de

de cuidado no que tange à ajuda e ao amparo dos pais na velhice, carência ou *enfermidade*; dificultar o contato do maior acompanhado com outros familiares; omitir deliberadamente aos familiares informações pessoais relevantes sobre o maior acompanhado, inclusive médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra os familiares para obstar ou dificultar a convivência familiar com o maior acompanhado; por questões financeiras, nos casos em que o maior acompanhado possui patrimônio, o acompanhante afastar os outros familiares para usufruir do dinheiro sozinho.

Assim, aplicando o dever do cuidado à luz do cuidado familiar nos moldes anteriormente referidos, ao maior acompanhado deve ser atribuída proteção suficiente que devidamente o tutele contra manipulações por parte do seu acompanhante, nomeadamente aquelas capazes de acarretar o afastamento dos seus familiares. É nesta linha que se mostra comparável e aplicável o regime da alienação parental aos maiores acompanhados, designadamente as consequências dessa apuração.

De forma analógica e servindo-nos do direito comparado³⁶, trazemos as soluções previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro aos casos de reconhecimento do fenômeno da alienação parental

(art. 6º da Lei 12.318/2010), como possíveis respostas à violação do exercício do direito ao convívio familiar do maior acompanhado: garantir o exercício do direito à convivência familiar com os parentes alienados, estipular multa ao acompanhante, determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, declarar a suspensão da representação por parte do acompanhante (art. 149º do Código Civil português).

Acresce-se como soluções, ainda, as consequências jurídicas da violação do direito ao desenvolvimento da personalidade (pressupondo-se, como já ressaltado anteriormente³⁷, que o maior acompanhado tenha manifestado sua decisão livre no sentido de exercer o direito ao contato familiar — direito pessoal e, conseqüentemente, livre), relativas a uma função protetiva da integridade da pessoa, reconhecida por Paulo Mota Pinto³⁸. Conforme este autor, “a previsão de meios de reação e de sanções para intervenções de terceiros, particulares, no direito geral de personalidade [...] podem consistir no recurso ao sistema judiciário, com processos expeditos para cessação das ofensas à personalidade, e, na vertente repressiva, na imposição de responsabilidade (designadamente, civil) aos autores das ofensas ao direito geral de personalidade”³⁹.

5. Consideração Final

O reconhecimento e proteção da dignidade e autonomia do maior acompanhado, especialmente reforçado pelo atual regime do maior acompanhado, é inerente à consideração sobre o seu concreto

alienação parental ao idoso”, in *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*, IBDFAM, 2011, p. 148.

³⁶ Servimo-nos das soluções apresentadas no direito comparado em razão da ausência de legislação específica sobre alienação parental no ordenamento jurídico português, em que são aplicadas respostas mais gerais. A título exemplificativo, apresentam-se os artigos 1906º, 1915º, nº 1 e 1918º, do Código Civil português, que tratam do exercício das responsabilidades parentais; o artigo 249º, do Código Penal português, que dispõe sobre o crime de subtração de menor; o artigo 3º, nº 2, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que considera situação de perigo aquela em que a criança está exposta a maus tratos psíquicos ou sujeita a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional. Há, ainda, a Lei do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que no seu artigo 40º, nº 1, determina que na sentença, o exercício das responsabilidades parentais deve ser regulado de harmonia com os interesses da criança.

³⁷ Vide supra nota 24.

³⁸ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 61-62.

³⁹ PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018, p. 62.

estado de vulnerabilidade, por forma a oferecer a devida tutela aos atributos da personalidade realmente carentes desta proteção.

A partir do reconhecimento da proteção devida ao desenvolvimento da personalidade do maior acompanhado, que igualmente sustenta a tutela do exercício do seu direito à convivência familiar — justamente como forma de resposta à vulnerabilidade do beneficiário —, reconhecemos a necessidade de interpretação do dever de cuidado à luz do cuidado familiar.

Para o efeito de responder a eventual violação do direito ao convívio familiar do maior acompanhado, como vertente do desenvolvimento da sua personalidade, restou demonstrada a aplicabilidade das soluções dadas pelo instituto da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto fenômeno que envolve condições de vul-

nerabilidade facilitadoras de atos de manipulação e afastamento de familiares — o que o acompanhante, num maleficente e não supervisionado exercício da sua função, pode vir a cometer, inclusive para alcançar benefícios próprios.

Atentar para o papel familiar no domínio das medidas de acompanhamento faz-se de extrema relevância, principalmente face à aparente situação de tutela do maior acompanhado, que, eventualmente, pode não corresponder à realidade fática. Quando *possível e desejada* a convivência familiar, esta deve ser devidamente oportunizada pelo acompanhante, por forma a atender ao desenvolvimento da personalidade do maior acompanhado e a permitir a função assistencialista familiar, sob pena de configuração de fenômeno equiparável à alienação parental e a aplicação das devidas sanções.

DO CONCURSO DE REGIMES APLICÁVEIS ÀS LIBERALIDADES COM RELEVÂNCIA SUCESSÓRIA — A HERANÇA *EX RE CERTA*: O LEGADO POR CONTA DA QUOTA

Daniel Morais

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo: Neste texto continuo a estudar a admissibilidade da chamada herança *ex re certa*, no vasto problema do concurso de regimes aplicáveis no Direito Sucessório. De acordo com o Direito Sucessório português, os sucessores são herdeiros ou legatários; mas podem eles assumir ambas as qualidades simultaneamente? Poderá o testador determinar como se realizará a própria partilha, dizendo quais os bens que preencherão a quota de cada herdeiro por ele instituído? A meu ver, a resposta é não. Cada tipo de sucessor tem um papel diferente no Direito Sucessório português atual; por isso, deve ser posto em causa o próprio conceito de herança *ex re certa*. Não significa isto que a noção de sucessor (herdeiro e legatário) no Direito Sucessório português não deva ser discutida. No entanto, o conceito de herança *ex re certa* é irrelevante para esta discussão.

Palavras-Chave: Estrutura do Direito Sucessório português — Qualificação dos sucessores — Herança *ex re certa* — Legado por conta da quota — Disposições de partilha pelo testador

Abstract: In this text I continue to study the admissibility of the so-called heir *ex re certa*, in the vast problem of the duality of applicable rules on Succession Law. According to Portuguese Succession Law, the successors are heirs or legatees; but can they be both simultaneously? Can the testator determine how the partition of the estate will take place by saying which property each heir he appoints will receive pro quota? I think the answer is no. Each type of successor has a different role in current Portuguese Succession Law, and so the concept of heir *ex re certa* in itself must be rejected. This does not mean that the notion of successor (heir and legatee) in Portuguese Succession Law should not be discussed. However, the concept of heir *ex re certa* is irrelevant to this discussion.

Keywords: Portuguese Succession Law structure — Types of successors — Heir *ex re certa* — Legacy pro quota — Partition determinations by the testator

1. A (ir)relevância da herança *ex re certa* na discussão em torno da noção de sucessor no Direito Sucessório do séc. XXI

Num texto anterior, publicado, igualmente, na revista *Lex Familiae*¹, no contexto mais vasto do problema do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória, tive oportunidade de me debruçar sobre a herança *ex re certa* e, em particular, sobre as deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança. Chamou-me a atenção a questão, na medida em que a nossa doutrina, não só admite que, nesta figura, se verifica um cruzamento dos critérios legais, que permitem a distinção dos sucessores entre herdeiros e legatários, aspeto que caracteriza, estruturalmente, o nosso sistema sucessório; mas, também, porque esta mesma simultaneidade da qualidade de herdeiro e legatário num só sucessor é utilizada como argumento para pôr em causa a referida distinção. Não pretendo, assim, advogar a mesma, como já tive oportunidade de referir anteriormente. No entanto, para que o problema e a pertinência da qualificação dos sucessores, e para que o próprio critério que preside a semelhante divisão, sejam adequadamente discutidos,

¹ Cfr. Daniel Silva MORAIS, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória — A herança *ex re certa*: deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança”, *Lex Familiae*, 12, n.ºs 23-24 (2015), 23-42.

é necessário recentrar a questão. O seu fulcro não reside na admissibilidade da herança *ex re certa*, mas na falta de substrato substancial da separação dos sucessores entre herdeiros e legatários. Sem dúvida que é, hoje, importante discutir este problema no Direito Sucessório do séc. XXI. Quanto à herança *ex re certa*, perdoe-se-me a ousadia se concluir que o próprio conceito deve ser posto em causa na nossa ordem jurídica. Para tanto, passarei a analisar outra situação apontada pela doutrina como exemplo de herança *ex re certa*: o legado por conta da quota.

2. A herança *ex re certa*: sentido e limites. Qualificação do legado por conta da quota e regime legal aplicável

Ao contrário do que fiz em relação às deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança, iniciarei a análise do legado por conta da quota através de uma referência ao direito italiano, procurando, prévia e fundamentalmente, dados que penso serem valiosos para uma análise da questão no sistema sucessório português. Atente-se: no direito italiano, a discussão em torno da herança *ex re certa* é bastante rica, tendo em conta a situação prevista no artigo 588.º, n.º 2, a que já fiz referência, ao analisar as deixas categoriais dicotómicas². Por outro lado, a introdução do preceito em causa no Código Civil de 1942 colocou um problema de articulação com os mecanismos que, no direito

italiano, permitem ao testador realizar disposições *mortis causa* com um intuito particional. De entre tais mecanismos destaca-se aquele que vem previsto no artigo 733.³, que se reporta à possibilidade de o testador preencher a quota atribuída ao herdeiro com bens determinados; bem como a *divisione d'ascendente* (artigo 734.⁴), herdeira da *divisio inter liberos* do direito romano.

Penso que resultará desta análise que a matéria merece ser revisitada e, eventualmente, repensada no direito português, tal como acontece em relação às deixas dicotómicas que esgotam a totalidade da herança. Em suma, e com o devido respeito ao labor da nossa doutrina, toda a matéria da herança *ex re certa* merece uma análise numa perspetiva um pouco diferente da que tem sido seguida, aspeto que me levou a escolhê-la como objeto do meu estudo. Levante-se então o pano e vejamos se se confirma a afirmação que acabei de fazer.

² Cfr. D. MORAIS, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória”, 35-38. De acordo com o artigo 588.º do *Codice Civile*: “1. As disposições testamentárias, qualquer que seja a expressão ou denominação utilizada pelo testador, são a título universal e atribuem a qualidade de herdeiro, se compreenderem a universalidade ou uma quota dos bens do testador. As outras disposições são a título particular e atribuem a qualidade de legatário. 2. A indicação de bens determinados ou de um complexo de bens não exclui que a disposição seja a título universal quando resulta que o testador teve intenção de atribuir tais bens como uma quota do património”. Sempre que forem transcritos preceitos dos Código Civil italiano de 1942, será utilizada uma tradução feita pelo autor deste estudo.

³ De acordo com este artigo sob a epígrafe “Normas estabelecidas pelo testador para a partilha”: “1. Quando o testador estabeleceu normas particulares para formar os quinhões, estas normas são vinculativas para os herdeiros, a não ser que o valor efetivo dos bens não corresponda às quotas estabelecidas pelo testador. 2. O testador pode dispor que a partilha se efetue de acordo com a estimativa de uma pessoa por ele designada que não seja herdeiro ou legatário: a divisão proposta por esta pessoa não vincula os herdeiros, se a autoridade judicial, a pedido de algum destes, a reconhecer como contrária à vontade do testador ou manifestamente iníqua”.

⁴ Sob a epígrafe “Divisão feita pelo testador”, estabelece este artigo que: “1. O testador pode dividir os seus bens entre os herdeiros compreendendo tal divisão igualmente a quota indisponível. 2. Se na divisão feita pelo testador não estiverem incluídos todos os bens deixados ao tempo da sua morte, os bens não incluídos nela serão atribuídos conforme as regras legais, se não resultar uma vontade diversa do testador”.

2.1. O problema da articulação entre a herança *ex re certa*, prevista no artigo 588.º, n.º 2, do *Codice Civile*, e as disposições do testador com caráter particional (artigos 733.º e 734.º)

O artigo 733.º, n.º 1, do Código Civil italiano de 1942 reconhece ao testador a faculdade de determinar a forma pela qual serão preenchidas as quotas dos diversos herdeiros, a não ser que o valor dos bens não corresponda ao valor das quotas atribuídas a esses herdeiros pelo testador. Segundo Mengoni⁵, esta possibilidade foi introduzida no direito italiano de 1942, por influência do artigo 608.º do Código Civil suíço. Entre aqueles que, à luz do antigo Código Civil de 1865, admitiam a possibilidade de a quota ser determinada *a posteriori* na instituição de herdeiro, o legado por conta da quota também era admitido. E mesmo no seio daqueles que defendiam a necessidade de a quota ser sempre determinada *a priori*, alguns defendiam a admissibilidade deste legado.

Para Mengoni⁷, a destinação de um ou mais bens à quota atribuída a um herdeiro apenas pode ser analisada como uma verdadeira divisão de bens entre os herdeiros, não podendo, pelo contrário, ser vista como um legado. A própria expressão “legado por conta da quota” é contraditória, na medida em que o legado é essencialmente *extra partem hereditatem*. O

legado por conta da quota pressupõe a determinação prévia da quota, pelo que a situação contemplada no artigo 733.º, n.º 1, se distingue daquela que vem prevista no artigo 588.º, n.º 2. Enquanto, no primeiro caso, o legado é realizado *na quota*, no segundo, é feito *enquanto quota*. No caso do artigo 733.º, n.º 1, os bens destinados a uma ou várias quotas caem na comunhão hereditária, mas os herdeiros ou o juiz são obrigados a atribuir tal bem ao herdeiro indicado pelo testador no âmbito da composição dos lotes. Trata-se, assim, de um direito de preferência na adjudicação de certos bens. A situação prevista no preceito em causa não pode assumir uma função unitariamente distributiva, sendo cada um dos bens indicados para preencher as quotas visto de modo individual. O único limite que a lei estabelece é que o valor dos bens não ultrapasse o da quota. Salienta ainda o mesmo autor que, não só estão abrangidas pelo artigo 733.º, n.º 1, os casos de destinação direta de um bem a uma determinada quota, mas, igualmente, os casos de destinação negativa, quando o autor da sucessão afirma que não quer que os bens de determinada categoria sejam atribuídos ao grupo de herdeiros A, por exemplo. Isto traduz-se na atribuição dos bens ao outro grupo de herdeiros (de modo indireto). Pelo contrário, se o testador instituir os diversos herdeiros, pretendendo depois preencher a quota de todos eles com uma divisão de bens proporcional às diversas quotas, será aplicável o artigo 734.º, relativo à *divisione d’ascendente*. Nesta situação, mais do que estabelecer algumas indicações para a partilha dos bens, o testador pretende fazer a própria partilha de modo unitário. Por isso, os bens em causa não chegam a entrar na comunhão hereditária, tendo a determinação do testador uma eficácia real e não meramente obrigacional, como acontece no artigo 733.º, n.º 1.

⁵ Luigi MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano: Giuffrè, 1950, 30, nota 64.

⁶ De acordo com este preceito: “1. O disponente pode, por testamento ou pacto sucessório, prescrever aos seus herdeiros determinadas regras para a partilha e para a composição dos lotes. 2. Tais regras são obrigatórias para os herdeiros, sob reserva de se restabelecer, caso falte, a igualdade dos lotes que o disponente não tenha tido intenção de pôr em causa. 3. A atribuição de um objeto da sucessão a um dos herdeiros não é considerada um legado, mas uma simples regra de partilha, se a disposição não revelar uma intenção contrária do seu autor”. (tradução do autor deste estudo).

⁷ MENGONI, *La divisione...*, 30-33.

Na perspetiva referida, Mengoni⁸, vê a situação contemplada no artigo 734.º como um desenvolvimento lógico daquela que se encontra prevista no artigo 588.º, n.º 2, e não tanto da situação contemplada no artigo 733.º. É que, neste último caso, o testador pretende apenas preencher as quotas através da atribuição de bens determinados, e não instituir herdeiros. Esta situação corresponde, assim, ao princípio previsto no artigo 588.º, n.º 1. Nesta visão, apenas em caso de pluralidade de instituídos no testamento se poderá aplicar o artigo 588.º, n.º 2, que se reconduz sempre a uma divisão feita pelo testador. Na realidade, quando apenas é atribuído um bem por parte de um testador, dificilmente se conseguiria justificar o porquê da transformação de um efeito obrigacional (disposição contendo regras sobre a partilha) num efeito real (disposição contendo a própria partilha) se fosse aplicado o artigo 588.º, n.º 2. Pelo contrário, perante a existência de uma pluralidade de sucessíveis, tal transformação é justificada pelo intuito do testador de realizar a partilha. À atribuição de bens determinados corresponderá uma quota determinada *a posteriori*, o que se reconduz à situação prevista no artigo 734.º, ainda que não sejam abrangidos todos os bens do testador. Assim, o artigo 734.º apenas se pode considerar um desenvolvimento do artigo 733.º numa perspetiva de política legislativa. No entanto, de um ponto de vista dogmático, enquadra-se no princípio do artigo 588.º, n.º 2, no sentido de que, se o testador pode atribuir uma porção de bens concretos enquanto quota, por maioria de razão também pode atribuí-la enquanto concretização de uma quota abstratamente predeterminada. Por outro lado, para Mengoni, a instituição *ex re* pressupõe, no seu intuito particional, que não seja determinada *a priori* qualquer quota no testamento.

A introdução da herança *ex re certa* no direito italiano veio, de facto, colocar o problema da sua articulação com o instituto da *divisione d'ascendente*, previsto no artigo 734.º do *Codice Civile*. Recorde-se que já Gangi⁹ tinha salientado, à luz do artigo 760.º do Código anterior, a difícil articulação entre ambos os institutos. Resulta da visão de Mengoni¹⁰, que a velha *divisione d'ascendente*, foi superada e absorvida pela nova figura da divisão realizada pelo testador, que resulta do artigo 588.º, n.º 2. Assim, no direito italiano, a *divisio inter liberos* perdeu qualquer autonomia conceptual, confundindo-se com a figura da divisão testamentária. No entanto, enquanto na *divisione d'ascendente* se verifica uma instituição de herdeiro em moldes normais, sendo depois preenchida a quota com bens determinados, no caso previsto no artigo 588.º, n.º 2, a quota é apenas determinada *a posteriori*, atendendo à proporção do valor dos bens em relação à massa da totalidade dos bens atribuídos.

Para terminar, Mengoni¹¹ salienta que a desnecessidade de a herança *ex re* abranger uma divisão de todos os bens resulta do artigo 734.º, que permite a divisão de ascendente relativa apenas a alguns bens da herança. Assim, se o testador dispuser de apenas alguns bens, ainda que com intenção particional, não se pode retirar daí a vontade de excluir a sucessão legítima. Mengoni conclui, por isso, que pode haver um concurso entre a herança testamentária *ex re certa* e a herança legítima. Neste caso, o autor¹² entende que, ainda que possa ser apenas instituído um herdeiro *ex re certa*, subjaz à atribuição da totalidade dos bens (por via legal ou testamentária) um

⁹ Cfr. D. MORAIS, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória”, 35.

¹⁰ MENGONI, *La divisione...*, 28-29.

¹¹ MENGONI, “L’istituzione di erede «ex certa re» secondo l’art. 588.º, comma 2.º, c.c.”, 763 e ss, em particular p. 768.

¹² MENGONI, *La divisione...*, 28-29.

MENGONI, “L’istituzione di erede...”, 22-26.

⁸ MENGONI, “L’istituzione di erede «ex certa re» secondo l’art. 588.º, comma 2.º, c.c.”, *RTDPC* (1948), 740 e ss, em particular pp. 760-762.

plano de partilha unitário do testador, visto que este pretende, igualmente, um preenchimento das quotas determinadas *ex lege*.

A distinção, resultante da posição de Mengoni, entre disposições sobre a partilha com um efeito meramente obrigacional e disposições em que a própria partilha é realizada imediatamente com um efeito real, resulta da posição de Gangi, para a qual Mengoni remete. Em 1929, Gangi admitia que o testador, para além de fazer um pré-legado, podia destinar um bem à quota atribuída a um herdeiro. Neste caso, tal destinação não seria senão um legado que, ao contrário do pré-legado, deveria ser imputado na quota do herdeiro por vontade do testador. O legado por conta da quota era, assim, visto, nesta perspetiva, como um verdadeiro legado a ser imputado na quota atribuída pelo testador. No entanto, em 1933, o mesmo autor¹³ acrescentava que, na realidade, a situação em causa tanto se poderia traduzir na atribuição de um legado a imputar numa quota, como poderia constituir (e este seria o caso normal), uma norma simples de partilha estabelecida pelo testador. Trata-se de uma distinção que resulta igualmente, do artigo 608.º do Código Civil suíço¹⁴, que esteve na base no artigo 733.º do *Codice Civile*. Esta distinção parece-me revestir interesse para uma análise do legado por conta da quota na nossa ordem jurídica.

¹³ Calogero GANGI, *I legati nel diritto civile italiano: com riguardo alla giurisprudenza, al diritto romano, ed alle moderne legislazioni, Vol. I — Parte generale*, 2.ª edizione rivista ed aggiornata, Padova: CEDAM, 1933, 72, nota 1.

¹⁴ Este preceito do Código Civil suíço apenas será analisado após uma referência ao legado por conta da quota no direito português, permitindo-nos fechar o discurso através de uma consolidação das ideias que resultem dessa análise na nossa ordem jurídica. Neste momento, procuramos, previamente, subsídios no direito italiano sobre a questão. Deixamos igualmente para essa referência posterior uma análise mais aprofundada de certos aspetos do regime do artigo 733.º, n.º 1, com o mesmo intuito de consolidação. Neste ponto, trata-se apenas de relacionar e distinguir a situação contemplada neste preceito daquela que vem prevista no artigo 588.º, n.º 2, do *Codice Civile*.

Na doutrina italiana, a visão de Mengoni foi frontalmente criticada por Amadio, embora este autor tenha procurado, igualmente, demonstrar a existência de uma relação entre os artigos 588.º e 734.º. Também no seu ponto de vista o fenómeno particional não é incompatível com a determinação das quotas *a posteriori*. Critica, no entanto, a forma como Mengoni aproxima os artigos 588.º, n.º 2, e 734.º. Para Amadio¹⁵, a herança *ex re certa* pode coexistir com a instituição de outros herdeiros numa fração aritmética, ao contrário do que defende Mengoni. Assim, para este autor¹⁶, ligação entre os artigos 588.º, n.º 2, e 734.º, resulta do facto de este último pressupor uma quota, que está presente na herança *ex re certa*, pois os bens determinados são tidos pelo testador em relação à totalidade do património, ou seja, como fração aritmética desse mesmo património. No caso sempre citado de atribuição de todos os bens móveis e imóveis, a atribuição da universalidade da herança resulta da própria natureza das deitas, visto que *tertium non datur*. Pelo contrário, como ficou referido, Mengoni centra a aproximação entre ambos os preceitos referidos na intenção particional que entende estar sempre subjacente à *institutio ex re certa* e que Amadio não considera necessária, embora admita a sua existência.

É possível que o *heres ex re certa* seja o único instituído em testamento, abrindo-se a sucessão legítima quanto ao restante património. Neste caso, a distribuição realizada não pode reconduzir-se a um plano de partilha unitário por parte do testador, na medida em que as atribuições se fundam em títulos diversos (testamentário e legal). Não existe, assim, um nexo funcional entre as atribuições, ao contrário do que

¹⁵ G. AMADIO, “La divisione del testatore senza predeterminazione di quote”, *RDC*, 1 (1986), 243 e ss, em particular, 245-246.

¹⁶ AMADIO, *op. cit.*, 249, texto e nota 21.

defende Mengoni. Para Amadio¹⁷, a quota atribuída *ex lege* não é preenchida diretamente devido à vontade do testador (por exclusão de partes), resultando a sua concretização apenas indiretamente dessa vontade. Por isso, a herança legítima não é atribuída, aqui, como *certa res*. Pelo contrário, para Amadio¹⁸ pode concluir-se que o testador pretendeu dispor da totalidade dos bens, mesmo daqueles que restam, sendo que tais bens serão atribuídos com base na sua vontade aos herdeiros *ex re certa* na proporção das respetivas quotas. Esse será o caso se este declarar que pretende que não seja aberta a herança legítima. Pode, igualmente, concluir-se que o testador não pretendeu atribuir a totalidade dos bens, o que não é incompatível com a existência de uma herança *ex re*.

Também Amadio¹⁹ salienta que a doutrina italiana retira da ligação sistemática entre os artigos 588.º, n.º 2, e 734.º do Código Civil italiano a possibilidade de a divisão testamentária prevista no artigo 734.º ser realizada através de uma pluralidade de instituições *ex re*, ou seja, de uma repartição dos bens concretos entre os herdeiros, sem a existência de quotas pré-determinadas. Isto significa que se verifica uma superação do carácter excecional do instituto da *divisione d'ascendente*, tendo em conta que o artigo 588.º, n.º 2, veio admitir que a divisão hereditária e a atribuição de bens determinados não são incompatíveis.

Apesar de, neste caso, os herdeiros terem direito à imediata atribuição dos bens, desde o momento da morte, podendo não haver, por conseguinte, comunhão hereditária, na realidade, não deixa de existir um fenómeno particional, o que se retira da subordinação de todas as atribuições singulares a um resultado particional unitário pretendido pelo

testador, ainda que fora do esquema habitual da partilha ordinária. Desta forma, existe um complexo de atribuições singulares funcionalmente ligadas e capazes de uma eficácia real e imediata, que se enquadram numa noção de partilha *lato sensu*. Para Amadio²⁰, na matéria, destaca-se a ideia fundamental de que aquilo que é permitido ao juiz, ao notário ou aos herdeiros por acordo, em sede de partilha ordinária, não pode ser negado ao testador que proceda à divisão.

Da posição referida, de Mengoni, que entende que toda a herança *ex re certa* assume uma função particional, se afasta, ainda de forma mais notória, a posição de Barba. Ao contrário do que entende Amadio, que vê na função particional da herança *ex re certa* algo secundário, Barba nega-lhe simplesmente tal função. Na sua interpretação do artigo 588.º, n.º 2, Barba²¹ salienta que, não só a herança *ex re certa* não implica uma disposição sobre a totalidade do património, mas também pode traduzir-se apenas na instituição de um único herdeiro em bens determinados. Assim, a função particional referida é meramente eventual, pois exigir, neste caso, que o testador dispusesse da totalidade do património seria limitar a sua liberdade. No entanto, apesar desta afirmação, Barba²² nega tal função à *institutio ex re certa*, na medida em que entende que este instituto não visa o preenchimento da quota do herdeiro, mas a determinação de uma quota abstrata. Isto significa que a indicação de um complexo de bens não visa a atribuição concreta de tais bens, mas unicamente a determinação da medida da quota a atribuir. Assim, não se trata de uma atribuição e de uma partilha dos bens. Por isso, para Barba, o herdeiro *ex re certa* pode

¹⁷ AMADIO, *op. cit.*, 252, nota 32.

¹⁸ AMADIO, *op. cit.*, 256.

¹⁹ AMADIO, *op. cit.*, 253-254, texto e notas 34-35.

²⁰ AMADIO, *op. cit.*, 254, nota 38.

²¹ Vincenzo BARBA, “Istituzione *ex re certa* e divisione fatta dal testatore”, *RDC*, 1 (2012), 53 e ss, em particular, p. 72, nota 78, e p. 73.

²² BARBA, *op. cit.*, 83-84.

nem sequer receber o bem que lhe foi atribuído, já que a consequência da ideia de que a herança *ex re certa* não assume uma função particional é a de que a atribuição do bem ao instituído *ex re* não é necessária, segura ou certa. Por outro lado, o facto de o bem em causa não se encontrar no património no momento da abertura da sucessão, ou a sua transformação, não implica a revogação total ou parcial da disposição testamentária. Assim, a função particional, que alguns autores, como Mengoni, pretendem atribuir à herança *ex re certa* cabe a outros preceitos, que não o artigo 588.º, n.º 2, nomeadamente, aos artigos 733.º e 734.º.

Reportando-se ambos os preceitos referidos (artigos 733.º e 734.º) a situações de divisão feita pelo testador, para Barba²³ a diferença reside no facto de, no caso a que se reporta o artigo 733.º, se verificar uma *disposição sobre a partilha*, ao contrário do que ocorre no artigo 734.º, em que se verifica uma *disposição de partilha*. Ou seja, no primeiro caso, o testador estabelece os critérios que devem presidir à partilha, enquanto, no segundo caso, divide imediatamente os bens entre os herdeiros. Por isso, no caso previsto no artigo 733.º parece existir um legado obrigacional e cargo dos outros co-herdeiros e não um modo de instituição de herdeiro, como no artigo 588.º, n.º 2. Ou seja, trata-se de um legado que não produz efeitos reais, não podendo o beneficiário exigir o bem antes da partilha, mas fixa critérios, vinculativos para os herdeiros, relativos à partilha. Por outro lado, neste caso, parece existir uma comunhão hereditária, o que pode não ocorrer no caso do artigo 734.º, se a divisão abranger a totalidade do património. A estas diferenças acrescem outras, no que se refere à eficácia, mas que não relevam para o

tema em análise²⁴.

Outra questão analisada por Barba²⁵ prende-se com a situação em que o testador não dispõe da totalidade dos bens, aspeto importante na tese de Mengoni. O autor salienta a enorme variedade de posições na doutrina quanto a esta matéria: desde aqueles que excluem neste caso a instituição *ex re certa*, àqueles que atribuem os bens de que o testador não dispôs aos herdeiros legítimos, passando ainda por aqueles que atribuem tais bens aos herdeiros *ex re certa*. Para Barba, na realidade, sendo um herdeiro como qualquer outro, o herdeiro *ex re certa* tem uma vocação que se pode expandir, abrangendo os restantes bens de que o testador não dispôs. De outra forma, ele seria visto apenas como um legatário, desrespeitando-se assim a lei e a vontade do autor da sucessão. Por isso, os bens de que o testador não dispôs poderão ser distribuídos pelos herdeiros na proporção da sua quota, qualquer que seja o seu título de vocação. O problema de saber se tais bens serão atribuídos aos herdeiros testamentários ou legítimos, depende unicamente da interpretação da vontade do autor da sucessão. Ou seja, trata-se de aferir se este, ao atribuir diversos bens a título de herança *ex re certa*, ou apenas um, pretendeu atribuir a universalidade dos seus bens ou não. Por isso, são de

109

²³ BARBA, *op. cit.*, 85, texto e nota 118, e p. 86. Às diferenças referidas entre ambos os preceitos, este autor acrescenta outras que não relevam para objeto deste estudo.

²⁴ Ainda em relação aos preceitos referidos, para BARBA, se, no momento da morte, os bens existentes no património não forem os mesmos que existem no momento em que a divisão é feita no testamento (artigo 734.º), havendo uma variação para menos, todas as disposições particionais serão postas em causa, relevando apenas a atribuição de quotas, ou seja, a vontade relativa à instituição de herdeiro prevalece sobre a vontade relativa à partilha da herança (*op. cit.*, 88). Por outro lado, na *divisione d'ascendente* (artigo 734.º) pode verificar-se que as regras particionais ditadas pelos testador atribuem ao herdeiro um valor inferior à quota que lhe cabe. Neste caso, para BARBA prevalece a instituição na quota, sendo ineficazes as disposições relativas à partilha, o que significa que a instituição de herdeiro é mais importante do que o preenchimento da quota na vontade do testador. De qualquer forma, embora a divisão feita pelo testador seja ineficaz, as suas disposições relativas à partilha podem valer como disposições particionais simples, aparentemente para efeitos do artigo 733.º (*op. cit.*, 92).

²⁵ BARBA, *op. cit.*, 77-81.

afastar, quer as teorias que atribuem tais bens sempre os herdeiros *ex re*, quer aquelas que os atribuem sempre aos herdeiros legítimos, quer, ainda, as que os atribuem sempre a ambos.

2.2. O legado por conta da quota no direito português: o legado por conta da legítima e sua qualificação como legado particional

No direito português, o ponto de partida para uma análise do legado por conta da quota é o legado por conta da legítima, que se retira do artigo 2163.º, através de uma interpretação *a contrario sensu*²⁶. Trata-se de um instituto que gera controvérsia na doutrina, tendo em conta, não só a sua complexidade, mas, também, a ausência de previsão de um regime legal específico que lhe seja aplicável. Será que nesta figura se cruzam verdadeiramente os títulos de herdeiro e legatário? Eis a questão central.

2.2.1. O legado por conta da legítima na doutrina portuguesa. Conclusão no sentido da inexistência de uma sobreposição de títulos (herdeiro/legatário; legitimário/testamentário) e negação do carácter unitário da herança *ex re certa*

Da análise que ficou feita relativamente ao direito italiano, diversas ideias importantes se podem retirar. Por um lado, a ideia de que a herança *ex re certa* assume uma função particional, apesar da posição em sentido contrário de parte da doutrina italiana, centrada embora no artigo 588.º, n.º 2, do Código Civil italiano, que não tem paralelo no nosso sistema sucessório. No direito português, a

doutrina salienta esta função do legado por conta da legítima, que me parece inegável, se, de facto, na herança *ex re certa* um herdeiro vê a sua quota preenchida com bens determinados, na medida em que esta é, precisamente, a finalidade última da partilha²⁷. Por outro lado, o direito italiano tem preceitos específicos no que se refere ao preenchimento da quota com bens determinados, cuja análise por parte da doutrina nos permite colocar algumas questões interessantes em relação ao legado por conta da quota na nossa ordem jurídica. Como foi referido, a questão que me parece fulcral neste ponto é a de saber se, no legado por conta da quota, existe uma verdadeira sobreposição dos títulos de herdeiro e legatário. Para responder à questão, é necessário saber se a disposição relativa ao preenchimento da quota tem uma eficácia real (*disposição de partilha*) ou se, pelo contrário, se trata meramente de uma disposição com efeitos obrigacionais (*disposição sobre a partilha*) ou, até, de uma disposição não vinculativa (*mera indicação relativa à partilha*).

As consequências em sede de partilha da herança, neste ponto, são interessantes:

- a) Se estiver em causa um verdadeiro legado, visto como vantagem, enquadrado numa quota, estaremos apenas perante um problema de imputação, o que significa que, por um lado, o bem em causa não fará parte da massa de bens partilháveis e, por outro,

²⁷ Cfr., neste sentido, Oliveira ASCENSÃO ao salientar que no caso de preenchimento da quota do herdeiro legitimário pelo autor da sucessão “nunca é de presumir que o *de cuius* pretenda afastar a qualidade de herdeiro legitimário, mas tão-somente dar orientações quanto à partilha. (...) Quer dizer, não há limitação da situação do legitimário a dados bens, mas apenas a antecipação ou pré-determinação da partilha, com certa analogia em relação ao que vimos na «partilha em vidas»” (*Direito Civil — Sucessões*, 370). Veja-se, ainda, a posição de Galvão TELLES, ao afirmar que no legado por conta da legítima “há uma *individualização* de bens da legítima, feita *a priori* por testamento e não *a posteriori* por partilha” (“Legado por conta da legítima e legado em substituição da legítima”, 243).

²⁶ Cfr. Inocêncio Galvão TELLES, “Legado por conta da legítima e legado em substituição da legítima”, *O Direito*, 2 (1989), 239 e ss, em particular 245; bem como José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 5.ª edição, revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 369.

se o seu valor ultrapassar o da quota atribuída ao herdeiro, não haverá lugar a qualquer igualação (legado por conta da legítima) ou ao pagamento de tornas (legado por conta da quota testamentária ou pactícia);

- b) Se se tratar da instrumentalização de um “legado” à realização de uma finalidade particional, é discutível a existência de um verdadeiro legado, podendo tratar-se de uma figura semelhante, eventualmente sujeito a alguns dos preceitos previstos para os legados, caso em que, se o valor do legado ultrapassar o valor da quota atribuída, poderá haver lugar a igualação²⁸;
- c) Se estiver em causa unicamente uma “disposição simples de partilha”, utilizando a terminologia da doutrina italiana, a sua eficácia meramente obrigacional poderá traduzir-se num direito de preferência na adjudicação de certos bens em sede de partilha.

Os três caminhos identificados decorrem claramente das ideias de Gangi sobre o legado por conta da quota — que assumem enorme importância na posição de Mengoni — e da análise que a doutrina italiana faz do artigo 733.º, por contraposição ao artigo 734.º do Código Civil italiano.

Em relação ao legado por conta da legítima, na doutrina portuguesa denota-se uma diferença entre os caminhos seguidos em a) e em b), no que se refere à possibilidade de aplicação analógica do funcionamento da colação (artigo 2108.º). Efetivamente, parece-me que, se o legado por conta da

quota for um verdadeiro legado, no sentido mais comum do termo, traduzir-se-á sempre numa vantagem para além da quota, como afirma Mengoni, o que significa que o facto de este preencher uma quota (finalidade particional) será tido como secundário [caminho a)]. Realmente, é curioso verificar que é, precisamente, pondo em causa esta noção de legado, que alguma doutrina portuguesa sustenta a finalidade fundamentalmente particional do legado por conta da quota [caminho b)]. Vejamos, em diálogo, a posição da nossa doutrina sobre a matéria.

Seguindo o caminho b), Galvão Telles²⁹ afirma que, no legado por conta da legítima, existe uma “simultaneidade de legítima e legado — a legítima como *forma*, o legado como *conteúdo*”, por isso, estão em causa duas posições que se sobrepõem, existindo um *herdeiro-legatário*. Não entanto, embora este autor se refira à existência de um legado, afirma que a parte do legado que exceder a legítima será imputada no quinhão hereditário legal do herdeiro, o que é mais conforme com o princípio da igualação dos herdeiros legitimários. Assim, é de presumir que o testador pretende essa igualação. Apenas será de excluir esta solução se o testador manifestar claramente a vontade de beneficiar quantitativamente o interessado, que, nesse caso, receberá o legado como “legado autónomo”. A meu ver isto significa que, para Galvão Telles, no legado por conta da legítima, tanto poderá estar em causa a situação referida em a) (existência de um legado entendido como vantagem), como a situação mencionada em b) (instrumentalização/utilização de um legado para o preenchimento de uma quota). Neste último caso, embora

²⁸ Tenha-se presente que, nos termos do referido artigo 733.º do Código Civil italiano, as disposições do testador relativas ao preenchimento da quota têm, apenas, como limite o facto de o valor dos bens em causa não ultrapassar essa quota, uma vez que se trata de uma disposição relativa ao preenchimento da quota, a que a doutrina não aponta qualquer efeito real.

²⁹ Galvão TELLES, “Legado por conta da legítima e legado em substituição da legítima”, 244 e 247. Trata-se de uma posição que é seguida por Carvalho FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição, revista e atualizada, Lisboa: *Quid Juris*, 2012, 436-437.

seja discutível, Galvão Telles entende que estamos perante um legado, afirmando que nem sempre este tem de implicar a existência de uma vantagem. Na realidade, segundo este autor³⁰.

“A existência de um benefício *efectivo* não é da essência do legado como não é da essência da herança. A herança e o legado envolvem *tendencialmente* uma vantagem, mas podem não a proporcionar na efectividade. Assim acontece caracteristicamente quando a herança ou o legado são *inteiramente ab-sorvidos por encargos*”.

Neste último ponto, estou plenamente de acordo com o ilustre civilista, na medida em que o próprio legado pode assumir uma função onerosa, como se pode retirar, por exemplo, da admissibilidade do legado para pagamento de uma dívida (artigo 2259.º). Como já tive oportunidade de sublinhar noutra contexto, não me parece que o testamento tenha de ser necessariamente um negócio gratuito, embora normalmente o seja³¹. *Menor*

³⁰ Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6.ª edição reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 207.

³¹ Trata-se de uma questão fundamental para a análise do Direito das Sucessões moderno, que tive oportunidade de aprofundar a analisar o pacto sucessório institutivo a título oneroso (cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais: Princípios, 2016, 484 e ss). Na doutrina italiana, é bastante expressiva a posição de Gangi, que defende que o legado é normalmente uma liberalidade, embora não o seja na sua essência. Tal essência reside na existência de uma atribuição patrimonial, ainda que daí possa não resultar qualquer vantagem para o legatário. Isto é demonstrado por uma série de argumentos: 1.º No Código Civil de 1865 nada indicava que o legado tivesse de se traduzir numa liberalidade; 2.º Diversos exemplos de legados demonstram que nem sempre estes se traduzem numa vantagem: a) o legado de cartas de família que podem não ter qualquer valor económico para o legatário, a não ser que se queira considerar o próprio papel como uma vantagem; b) o legado em substituição da legítima, que pode inclusivamente ter uma valor inferior a esta, a não ser que se queira qualificar como uma vantagem a própria faculdade de escolha entre o legado e a legítima; c) o legado que tem por objeto: a venda um bem da herança ou do onerado ao legatário, ou a compra de uma coisa deste último por parte do onerado; a continuação do arrendamento de um imóvel; a concessão de um mútuo ao juro corrente, etc. Pois em todos estes últimos casos, embora normalmente o legado represente uma vantagem para o legatário, não tem necessariamente de ser assim; d) o legado que tem por objeto

concordância me merece a afirmação de que neste caso há uma verdadeira sobreposição de títulos. Desde já, posso dizer que, na minha perspetiva, estamos perante um sucessor que é herdeiro e legatário e não herdeiro-legatário. A única particularidade da disposição reside no facto de estar em causa um legado com uma função particional. Por isso, o sucessor recebe uma quota, bem como um legado, que, atendendo à sua natureza específica, é necessariamente imputado na quota. No entanto, isto não altera em nada o facto de estarmos perante duas deusas e não apenas uma. Se resultar da vontade do testador que qualquer excesso do valor do bem para além da quota constitua uma vantagem, estaremos perante dois legados diferentes: um com uma função particional e outro com o intuito de avantajá-lo ou seja, um pré-legado (artigo 2264.º). Assim, numa primeira abordagem, *parece-me de negar o carácter unitário da denominada herança ex re certa. Dentro da amplitude da noção de legado, existe, sim, um legado particional, por assim dizer e uma autónoma instituição de herdeiro*. Apenas o facto de a quota em causa ser a legítima pode implicar algumas

aquilo que o testador já deve ao legatário em virtude de uma obrigação civilmente válida, tendo em conta que, neste caso, a vantagem que pode resultar do legado, ou seja o reconhecimento da dívida no próprio testamento, que passa a ter nele o seu título, pode reduzir-se a zero; 3.º O legado pode ser onerado com outro legado de igual valor (argumento utilizado por Galvão Telles, como referimos no texto); 4.º O legado pode ser sujeito a uma condição suspensiva que esgote a totalidade do seu valor; por exemplo: deixo o bem x a A sob a condição suspensiva de que dê 10.000 libras a B, se o valor do bem x for igualmente de 10.000 libras; 5.º A existência de uma vantagem no legado não era exigida pelo direito romano, como no caso em que o valor do encargo absorvia a totalidade do valor do encargo. A proibição de condições captatórias no direito romano não serve de argumento em sentido contrário, na medida em que semelhante proibição existia também no que se refere à instituição de herdeiros, em relação aos quais é por todos reconhecida a desnecessidade de existência de uma vantagem. Em suma, a essência do legado reside na atribuição de um direito de natureza patrimonial, que pode ser um direito de crédito ou um direito real, mas não na existência de uma vantagem efetiva ou eventual para o legatário. Por isso, será válido um legado com o encargo de utilizar todo o valor recebido em missas e sufrágios pela alma do testador (GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, 24-33).

correções à afirmação que acabei de fazer. Por outro lado, resta ainda saber se poderá, igualmente, estar em causa uma *disposição sobre a partilha*, em vez de uma *disposição de partilha*.

Pelo contrário, Oliveira Ascensão³² entende que o legado por conta da legítima não constitui verdadeiramente um legado, mas apenas uma especificação de bens que irão para o herdeiro. Para este autor, isto nada apresenta de anômalo, na medida em que a qualidade de herdeiro não resulta das características da atribuição patrimonial, mas traduz-se numa qualidade pessoal. Por isso, a própria designação de “legado por conta da legítima” é incorreta, visto que não se trata de um legado. Isto não significa que não se possam aplicar alguns dos preceitos previstos para os legatários e sua tutela. De qualquer forma, trata-se de uma posição que penso poder enquadrar-se no caminho referido em b), embora negue a existência de um verdadeiro legado, aspeto com o qual não concordo.

No âmbito da sua monumental dissertação de doutoramento sobre a temática da imputação de liberalidades na sucessão legítima, Pamplona Corte-Real³³ pronuncia-se no sentido da natureza legítima do legado por conta da legítima, visto que o título testamentário é consumido pelo título legítimo. Faz, neste âmbito, uma distinção entre “preenchimento de quotas” (legado por conta da legítima) e “disposição de bens” (que coloca problemas de imputação, que não se prendem com uma vontade diretamente manifestada pelo *de cujus* de preenchimento de uma quota)³⁴. Nesta posição, a

distinção referida permite concluir que o problema da imputação das liberalidades feitas a herdeiros legítimos prioritários não depende do princípio da intangibilidade da legítima, que resulta do artigo 2163.º, pois, neste preceito, encontra-se previsto o preenchimento de quotas e não apenas um problema de imputação. Assim, o legado por conta da legítima não se traduz numa simples questão de imputação de um legado testamentário. Trata-se, pelo contrário, da atribuição da legítima em forma de legado. De acordo com este autor, outra visão do legado por conta implicaria uma interpretação ab-rogante do artigo 2163.º, na medida em que este se tornaria totalmente incompatível com a teoria de imputação das liberalidades na sucessão legítima por si propugnada³⁵. A meu ver, e salvo o devido respeito pelo

das liberalidades feitas a herdeiros legítimos prioritários, que não se encontra resolvido de forma global na nossa ordem jurídica, existindo previsões dispersas sobre a matéria em sede de colação (artigos 2108.º e 2114.º, n.º 1) e não só (artigo 2114.º, n.º 2). Assim, recorrendo à norma que intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (artigo 10.º, n.º 3), a lacuna em causa terá de ser preenchida, atribuindo-se, no entender deste mestre, a importância devida ao dogma da vontade do autor da sucessão, que constitui o centro do Direito Successório português. Por outro lado, este autor procura evitar, na medida do possível, a redução por inoficiosidade das liberalidades realizadas pelo falecido, nomeadamente, através da imputação principal das doações em vida feitas a legítimos prioritários, não sujeitos a colação, na sua legítima subjetiva, e a imputação subsidiária das disposições testamentárias e das doações em vida dispensadas de colação que lhes foram feitas, na sua legítima subjetiva, ultrapassando-se o dogma da estanqueidade das quotas disponível e indisponível. Assim, o âmbito do artigo 2163.º seria totalmente diferente do âmbito mais geral da imputação. Pode-se, no entanto, questionar se o reconhecimento de um legado, embora com função particional, no legado por conta da legítima, não implica a conclusão de que se trata, igualmente, de um preceito sobre imputação, relevante, enquanto tal, para a integração de uma lacuna na matéria. Por outro lado, parece-me questionável que o dogma da vontade do autor da sucessão constitua o centro do nosso sistema successório, nomeadamente atendendo à existência de pactos successórios no mesmo. Tenha-se, ainda, em atenção a própria distinção entre herdeiro e legatário que depende de critérios objetivamente fixados pela lei e não apenas da vontade do autor da sucessão. Finalmente, questione-se se não será a proteção da família o pilar central do nosso sistema successório.

³⁵ Saliente-se, de qualquer forma, que este autor aponta no legado por conta da legítima a existência de uma situação de imputação que implica uma “transfiguração legítima” da liberalidade

³² Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 371.

³³ Carlos Pamplona CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, 977, 978 e 1089.

³⁴ Segundo Pamplona CORTE-REAL, uma coisa é uma vontade diretamente manifestada pelo testador no sentido do preenchimento de uma quota e outra, totalmente diferente, é o problema da imputação

Mestre, trata-se de uma inversão de raciocínio, na medida em que não é o artigo 2163.º que deve ser lido à luz da teoria de imputação de liberalidades na sucessão legitimária, mas, pelo contrário, é esta teoria que não pode ser construída sem atender previamente ao preceito referido³⁶. De qualquer modo, em coerência com a forma como configura o legado por conta da legítima, um legado com uma função particional, Pamplona Corte-Real defende, igualmente, que o bem legado deve ser imputado, não apenas na legítima, mas na totalidade da quota hereditária legal, por aplicação analógica do artigo 2108.º, previsto para o funcionamento da colação. Isto porque, normalmente, a intenção do testador não será a de avantajá-lo por conta, mas apenas de preencher a sua quota. Trata-se de um ponto que depende, obviamente, da interpretação da vontade do testador (artigo 2187.º). Apenas o montante que exceder a quota hereditária legal deverá ser qualificado como pré-legado (artigo 2264.º)³⁷. *De todas as visões relativas ao legado por conta até agora apresentadas, esta é aquela que me parece mais defensável*. No entanto, embora possam existir particularidades na imputação no que se refere ao legado por conta da legítima (visto que, neste caso, o autor da sucessão manifesta, claramente, uma vontade de imputação na legítima), a meu ver, o artigo 2163.º, entre outros aspetos, obsta a

uma imputação das liberalidades na sucessão legitimária determinada unicamente com base na vontade unilateral do autor da sucessão. Por outro lado, embora prevaleça a natureza legitimária do instituto, não deixa de se estar perante um legado, em que pode não existir propriamente uma vantagem, ao qual são aplicáveis as respetivas regras, nomeadamente em sede de partilha da herança. Legado testamentariamente atribuído, mas legitimariamente caracterizado, fruto de uma relação de consunção.

Duarte Pinheiro³⁸ afasta-se da tese referida no parágrafo anterior, ao considerar que não se pode descartar sem mais a relevância do título testamentário na natureza do legado por conta da legítima, visto que tal título pode ter relevância, nomeadamente em sede de direito de crescer sobre outros herdeiros testamentários. Nesta visão, o legado por conta da legítima tem um duplo título, testamentário e legal, traduzindo-se numa herança *ex re certa* e não num legado *proprio sensu*. Por isso, o direito de crescer referido não se deve limitar à sucessão legal. Trata-se de uma posição que tem, ainda, consequências no que se refere à possibilidade, ou não, de haver direito de representação no legado por conta em relação aos descendentes do indigno (artigo 2037.º/2 *a contrario*), o que depende da natureza legal ou testamentária do instituto. *Neste ponto, devo discordar de Duarte Pinheiro*, no que se refere ao direito de crescer do legatário por conta da legítima sobre co-herdeiros testamentários, porque, na sua posição, apenas o legado resulta de um título testamentário, embora não a própria herança. Por isso, pode-se afirmar a existência de um legatário testamentário, mas nunca de um herdeiro testamentário. Por outro lado, é claro que a própria *ratio* da norma que se retira do artigo 2037.º/2 *a contrario* não se encontra

imputada”. Trata-se, por isso, de “uma imputação mais «funda» consequencialmente” (Pamplona CORTE-REAL *Da imputação...*, 895-896, texto e nota 95).

³⁶ Galvão TELLES parece aproximar ambas as situações, imputação e legado por conta da quota, ao afirmar que o legado por conta da legítima se reconduz ao género mais vasto da liberalidade por conta da quota hereditária, visto que “a atribuição de bens singulares imputáveis no quinhão hereditário tanto pode fazer-se por meio de legado, como de doação (em vida). Em princípio mesmo uma doação feita a um descendente, ao tempo dela presumido herdeiro do doador, considera-se realizada por conta da herança: representa por assim dizer uma sua antecipação” (*Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 207).

³⁷ Pamplona CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa; Quid Juris, 2012, 300-301.

³⁸ DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 4.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 319, e 322-323, texto e nota 536.

preenchida no legado por conta da legítima. Neste, o legatário não é um legatário qualquer, mas é tido, fundamentalmente, como um herdeiro legitimário. Trata-se de um ponto em que a adequação da tese de Pamplona Corte-Real se torna particularmente clara. É certo que a estes argumentos se pode responder, como o faz Duarte Pinheiro, que está em causa a figura unitária da herança *ex re certa*, na qual o estatuto do herdeiro prevalece sobre o de legatário, tendo tal herdeiro uma dupla qualidade, legitimária e testamentária. No entanto, parece-me que este argumento não procede, não se podendo negar que também existe um legado, no legado por conta da legítima, para além de uma autónoma instituição de herdeiro.

No que se refere ao carácter unitário da herança *ex re certa*, a tese de Galvão Telles tem sido criticada, quando aponta a existência de um herdeiro-legatário na herança *ex re certa*. No entanto, embora compreenda a ideia de que, em caso de conflito, deve prevalecer o estatuto de herdeiro, que assume maior importância na estruturação do fenómeno sucessório³⁹, não me parece que a doutrina que critica esta posição sustente efetivamente a inaplicabilidade das regras relativas ao estatuto de legatário, que não sejam incompatíveis com o estatuto de herdeiro, nomeadamente, no que concerne à partilha. Por isso, a meu ver, na nossa doutrina, Galvão Telles é o único autor que não secundariza, por assim dizer, o legado, na herança *ex re certa*. Faltou, no entanto, concluir que se trata de um legado particional, com um regime particular, que acresce a uma herança autónoma. Ou seja, a herança *ex re certa* não deve ser vista pela perspectiva da herança, mas pela do legado. Basta atender ao facto de o legado, devido à sua função meramente particional, implicar a existência e, logo, a aceitação da he-

rança, ao contrário desta, que não implica a existência do legado, suscetível de ser objeto de um repúdio autónomo. Trata-se de um ponto em que o artigo 2250.º, n.º 2, tem de ser adaptado à especificidade do legado em causa, ficando, logicamente, neste caso, vedado o repúdio da herança e a aceitação do legado. Desta forma, a expressão “legado por conta da legítima” é perfeitamente adequada para o instituto em causa. Por isso, parece-me correto afirmar que o legatário por conta da legítima nunca poderá ser visto como um herdeiro testamentário, ao contrário do que defende, aparentemente, Duarte Pinheiro, ao admitir que este possa acrescer sobre co-herdeiros testamentários. Ou seja, a qualidade testamentária deste legatário resume-se ao âmbito do legado testamentário que lhe é atribuído por conta da legítima. É, assim, de recusar o carácter unitário à herança *ex re certa*. O sucessor é herdeiro e legatário, e não meramente herdeiro, ou herdeiro-legatário. Há um caso particular de legado e não um caso particular de herança.

2.2.2. Efeitos do legado por conta da legítima na partilha da herança: sua natureza real e seu carácter particular no universo dos legados

Outro caminho que poderia ser seguido em relação à análise do legado por conta da legítima é aquele que nega a este instituto qualquer efeito real semelhante ao que se verifica nos legados, afirmando, pelo contrário, a existência de uma simples disposição de partilha. Trata-se do caminho que foi referido no ponto anterior, sob a alínea c), e que é seguido pela doutrina italiana na análise do artigo 733.º do *Codice Civile*. Reconheça-se que não se trata de uma via que seja seguida pela doutrina portuguesa, na medida em que a nossa ordem jurídica não oferece qualquer base para a realização de atribuições preferenciais ou para direitos de adjudicação preferencial em sede de partilha baseados

³⁹ Como defendem Pamplona CORTE-REAL, *Curso*, 137; e DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, 64.

na vontade do autor da sucessão, como veremos adiante mais pormenorizadamente.

À luz do Código de Seabra, a questão foi analisada pela nossa jurisprudência, embora em relação a um legado por conta da quota disponível. No entendimento do Tribunal da Relação do Porto, num acórdão de 7 de março de 1945⁴⁰, a disposição através da qual o testador determina que a quota disponível dos seus bens deve começar a ser preenchida com os bens móveis e imóveis que tem numa determinada freguesia deve ser entendida como um verdadeiro legado, o que significa que tais bens não podem ser licitados; de outro modo, a disposição testamentária seria manifestamente inútil. Resulta da decisão que, neste caso, o herdeiro da quota disponível será igualmente legatário. A inventariante será, por isso, herdeira e legatária ao mesmo tempo, nada obstando juridicamente a isso. Trata-se, assim, da atribuição de uma quota, preenchida com os bens legados.

Mais especificamente no que se refere ao legado por conta da legítima, a doutrina, no âmbito da vigência do Código de Seabra, encontrava-se dividida. Perante uma questão colocada por um assinante, a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*⁴¹ pronunciou-se no sentido de que a designação de bens para o preenchimento das legítimas ou da quota disponível implicaria sempre a constituição de legados. Por isso, no caso de indicação de bens para preencher a quota disponível, tais bens não entrariam na massa a partilhar. Se se tratasse da indicação de bens por conta da legítima, o herdeiro poderia aceitar o legado nas condições impostas pelo *de cuius* ou então poderia repudiá-lo, e receber a sua legítima a ser preenchida com quaisquer bens. Assim, verifica-se que, já na vigência do Código de Seabra, a visão era a de que o legado por conta da quota tinha um efeito

real, e não meramente obrigacional, o que significa que os bens legados por conta não entram na massa de bens partilháveis. Trata-se de uma visão que, como ficou referido, ainda hoje é seguida pela nossa doutrina, que, mesmo quando recusa a qualidade de legado ao legado por conta da legítima, não nega a possibilidade de lhe serem aplicados alguns aspetos do respetivo regime legal (nomeadamente, em sede de partilha).

Antes de terminar este ponto da minha análise, uma última questão se impõe: quando o herdeiro legitimário é simultaneamente beneficiário de um legado, deverá presumir-se, em caso de dúvida, que se trata de um pré-legado ou de um legado por conta da legítima? De acordo com a posição de Oliveira Ascensão⁴², o pré-legado nunca é de presumir. Por isso, em caso de dúvida, a disposição deve ser imputada na legítima. Em sentido contrário se pronuncia Duarte Pinheiro⁴³, seguindo a posição de Pamplona Corte-Real⁴⁴. Nesta posição, em caso de dúvida, o critério normal de imputação das liberalidades *mortis causa* será o da sua imputação na quota disponível. Para Duarte Pinheiro, a melhor leitura do artigo 2264.º conduz o intérprete à conclusão referida, tendo em conta que o preceito determina que a liberalidade vale por inteiro e não apenas na parte que exceda a quota que cabe ao herdeiro, podendo estar em causa tanto um herdeiro testamentário, quanto legal ou pactício. Por isso, em caso de dúvi-

⁴² Oliveira ASCENSÃO, “O herdeiro legitimário”, *ROA*, 57 (1997), 5 e ss, em particular, p. 17. Trata-se de uma posição que foi acolhida no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de fevereiro de 2006 (Processo n.º 0455112) e no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 22 de março de 2011 (Processo n.º 574/09.01TBGM.R. G1), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴³ Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 358-359.

⁴⁴ Pamplona CORTE-REAL, *Da imputação...*, 973-975. No entanto, embora sustente a imputação das liberalidades *mortis causa* na quota disponível, como critério geral, num âmbito mais específico, o mesmo autor defende uma imputação dos legados contratuais na quota indisponível (*Curso...*, 82).

⁴⁰ *Revista dos Tribunais*, ano 63, 104 e ss.

⁴¹ *RLJ*, 74, 1941-1942, 69 e ss.

da, não se pode presumir o legado por conta, à luz do regime do artigo 2264.º. A meu ver, esta última posição é a mais conforme com a letra do preceito em causa e com os princípios que subjazem ao nosso sistema sucessório. Por outro lado, como ficou anteriormente referido, embora os legados não impliquem sempre a existência de uma vantagem, como ocorre no legado por conta da quota, normalmente tal vantagem encontra-se neles presente. Assim, em caso de dúvida, não se pode concluir que o testador tinha em mente a situação, particular no universo dos legados, e admitida por lei, de atribuir um legado por conta da própria legítima⁴⁵.

2.3. Admissibilidade do legado por conta da quota testamentária ou pactícia enquanto herança *ex re certa*? Sua qualificação como legado particional

Chegando à última etapa no caminho que tenho vindo a trilhar em torno da herança *ex re certa*, eis o momento de colocar uma questão que, a meu ver, é suscitada por toda a análise que realizei anteriormente: será admissível o legado por conta da quota testamentária ou pactícia enquanto herança *ex re certa*? A doutrina portuguesa admite, claramente, a figura.

Na vigência do Código de Seabra, a questão

foi analisada pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão, já referido, de 7 de março de 1945. A decisão foi no sentido da validade de uma cláusula testamentária em que o testador dispôs que a sua quota disponível deveria começar a ser preenchida com os bens móveis e imóveis que tinha em determinada freguesia; tais bens não poderiam ser licitados, por estar em causa um verdadeiro legado. Resulta da anotação a esta decisão, que se tratava de uma posição pacífica na doutrina da época⁴⁶. Cunha Gonçalves⁴⁷ entendia que tal faculdade era atribuída ao testador, visto que, se o escrivão podia partilhar os bens no processo de inventário, não haveria qualquer razão para o proibir ao próprio testador, que era proprietário pleno dos bens até à sua morte.

Na doutrina atual, Galvão Telles⁴⁸ salienta que, em geral, o legado pode traduzir-se num modo de preenchimento de uma quota hereditária, caso em que o autor da sucessão antecipa, ele próprio, algo que apenas ocorre no momento da partilha. Isto, quer esteja em causa um herdeiro testamentário, legítimo ou legitimário. O legado por conta da legítima representa uma aplicação do legado por conta da quota. Este legado permite que o bem seja afeto ao sucessível, evitando as contingências da partilha. No mesmo sentido se pronunciam Duarte Pinheiro⁴⁹ e Pamplona Corte-Real⁵⁰. Este último autor salienta que a nossa doutrina tende a admitir o cruzamento dos critérios do artigo 2030.º, tendo em conta a incompleição do artigo 2030.º, n.º 2, que não cobre todas as situações possíveis, bem como o facto de

117

⁴⁵ No acórdão referido do Tribunal da Relação de Guimarães, o tribunal salientou que “não resultando apurada uma vontade de beneficiar os herdeiros contemplados com legados, nem de afastar a legítima destes, deve entender-se que com o legado não se pretendeu uma modificação das regras da sucessão legal, mas apenas se fez questão que, mantendo-se essas regras, determinados bens fossem transmitidos a certos herdeiros”. Trata-se, a meu ver, salvo o devido respeito, de uma clara inversão lógica. Se o autor da sucessão se deu ao trabalho de realizar um testamento, faz claramente mais sentido presumir que o fez para realizar uma modificação das regras da sucessão legal, no âmbito da quota disponível. Tal é, aliás, normalmente a função do testamento ou do pacto sucessório em que um herdeiro legitimário é contemplado. Na dúvida, o legado particional não se presume.

⁴⁶ *Revista dos Tribunais*, ano 63, 106 e ss.

⁴⁷ Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, Vol. IX, Coimbra: Coimbra Editora, 1935, 687 e 767.

⁴⁸ Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 203-207.

⁴⁹ Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 63-64.

⁵⁰ Pamplona CORTE-REAL, *Cursa...*, 134-136.

tal cruzamento não violar qualquer norma legal. A isto acresce que não se trata de uma qualificação errônea dada pelo testador, mas de um prévio problema de determinação da sua vontade. Como aponta Pamplona Corte-Real, Oliveira Ascensão⁵¹ hesita em admitir o legado por conta da quota, em geral. Em primeiro lugar, pela ausência no direito português de qualquer preceito semelhante ao artigo 588.º, n.º 2, do *Codice Civile*, que atribui uma relevância à intenção do testador na distinção entre herdeiro e legatário; depois, porque, no domínio do Código anterior, a doutrina dominante afastava a relevância do recurso à intenção do instituidor para qualificar as disposições testamentárias como heranças ou legados; em terceiro lugar, devido ao caráter injuntivo (e não meramente interpretativo) do artigo 2030.º. No entanto, para Oliveira Ascensão, se o artigo 2030.º se contenta com elementos objetivos, tendo “na sua função definidora e simplificadora” caráter injuntivo, o mesmo não ocorre com as hipóteses sobre as quais o mesmo não se pronuncia, e que permanecem lacunosas, nas quais se pode recorrer à intenção do testador para se apurar se está em causa uma instituição de herdeiro ou a nomeação de um legatário. Para além disso, como se trata de uma atribuição que está no próprio testamento, os indícios e circunstâncias objetivas, exteriores ao testamento, dos quais se pode retirar indiretamente a intenção do testador, não estão limitados por qualquer correspondência no contexto do testamento enquanto formas de prova complementar, na medida em que não implicam qualquer disposição nova. Finalmente, embora aparentemente conflitantes, a articulação entre o artigo 2030.º, em particular o seu n.º 3, e o artigo 2163.º demonstra que não é incompatível com a qualificação como herdeiro a especificação dos bens

que não de preencher a quota.

Já tivemos ocasião de salientar⁵², a propósito das deixas categoriais dicotômicas que esgotam a totalidade da herança, que a injuntividade do critério presente no artigo 2030.º não permite qualificar a atribuição unicamente de um bem determinado como uma quota, tendo em conta que, por detrás do preceito, se encontra uma opção pela segurança jurídica, que ainda permanece na sua *ratio* e que resultou da adoção de um critério objetivo de distinção entre herdeiro e legatário. Isto, apesar de, no seio da Comissão Revisora, se ter retirado a referência à irrelevância da intenção, que resultava do Anteprojeto de Galvão Telles. Recapitulando, neste ponto, o meu raciocínio foi o seguinte: se a qualificação do testador em contravenção com o disposto no artigo é irrelevante (artigo 2030.º, n.º 5), como poderia atribuir-se relevância à sua intenção para identificar no seu testamento a deixa de uma quota (ou seja, o elemento objetivo do qual resulta a própria qualificação legal), perante a mera atribuição de bens determinados? Tal seria, através de um raciocínio interessante, introduzir um novo critério (subjeto) num preceito que se pauta, como refere Oliveira Ascensão, por critérios simplificadores e objetivos. O mesmo se diga, neste momento, não em relação à conclusão a que chega a nossa doutrina no que se refere à admissibilidade do legado por conta da quota, mas em relação à sua qualificação como herança *ex re certa*. Para a nossa doutrina, trata-se de atribuir relevância à intenção do testador para distinguir entre herdeiro e legatário. Trata-se de saber se este pode, à luz do nosso direito, atribuir bens determinados a um sucessor e pretender que o mesmo seja herdeiro, criando-se assim uma terceira figura de sucessor, que não se encontra prevista no artigo 2030.º: o herdeiro *ex re certa*, na qual os critérios legais apa-

⁵¹ Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 269-275.

⁵² D. MORAIS, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória”, 31.

rentemente se cruzam. Posta a questão desta forma, a resposta, a meu ver, seria negativa. Assim, da forma como o problema é colocado, de facto, parecem-nos justificadas as hesitações de Oliveira Ascensão.

Pelo contrário, segundo a leitura que fazemos do artigo 2030.º, e da sua conjugação com o artigo 2163.º, não existe qualquer lacuna no artigo 2030.º que possa ser integrada da forma proposta pela doutrina, admitindo-se a relevância da intenção na distinção entre herdeiro e legatário. Mais uma vez, e salvo o devido respeito, a meu ver, nesta visão está em causa uma forma de atribuir um protagonismo ao autor da sucessão numa matéria em que a lei não lho concede, para atender ao dogma da centralidade da sua vontade no fenómeno sucessório. Trata-se de lhe atribuir o poder de instituir um herdeiro em bens determinados, algo que o artigo 2030.º rejeita. *No entanto, o autor da sucessão manifesta a sua vontade e cabe ao intérprete qualificar as suas disposições com base nas categorias que a lei prevê. Trata-se de um problema de qualificação e não apenas de intenção. Ou seja, não se trata de saber se o testador pode atribuir bens determinados a um sucessor e pretender que ele seja herdeiro, mas trata-se de saber como analisar a atribuição de um bem determinado para preencher uma quota à luz das categorias que a lei prevê: herdeiro ou legatário.*

1. Começemos fazendo uma súmula, não só dos argumentos invocados por Oliveira Ascensão para justificar a sua hesitação, mas, também, de algumas ideias a que fomos chegando ao longo deste estudo: O legado por conta da quota na análise da doutrina portuguesa é um verdadeiro legado ou, pelo menos, produz o efeito real dos legados em sede de partilha (os bens legados não serão licitados).
2. O artigo 2030.º traduz-se numa opção pela segurança jurídica e pela objetivação

dos critérios de distinção entre herdeiros e legatário.

3. Não existe no direito português qualquer preceito, semelhante ao artigo 588.º, n.º 2, do Código Civil italiano, que atribua relevância à intenção do testador na distinção entre herdeiros e legatários.
4. Na vigência do Código de Seabra, a doutrina dominante não atribuía relevância à intenção do testador em sede de qualificação da disposição testamentária como herança ou legado.
5. Resulta do artigo 2163.º *a contrario*, que a legítima pode ser preenchida com bens determinados, se o sucessível legítimário a isso não se opuser.

Que leitura fazer de todos estes dados?

Vendo na figura um cruzamento dos critérios do artigo 2030.º (*com o que não concordo*) o legado por conta da quota no direito português apenas seria admitido enquanto legado por conta da legítima. Não me parece, de facto, de concluir que o artigo 2030.º é lacunoso, sendo, fora do seu âmbito, admitido o recurso à intenção do testador para aferir se a atribuição de bens determinados constitui um legado ou uma herança, nomeadamente, tendo em conta o artigo 2163.º. Não há qualquer lacuna nesta matéria, mas apenas a estatuição legal (artigo 2030.º), de uma forma objetiva e injuntiva (o que é reconhecido pela doutrina), de que o sucessor é herdeiro ou legatário consoante receba uma quota ou bens determinados. Nada permite concluir, tendo unicamente em conta o artigo 2030.º, que uma pessoa possa ser herdeiro-legatário (o que apenas Galvão Telles afirma, embora toda a doutrina subentenda, ao afirmar que “prevalece” o estatuto de herdeiro, o que significa que os estatutos se sobrepõem). Ora, se, de acordo com o preceito,

o sucessor é herdeiro ou legatário, o que permite concluir que ele pode ser herdeiro-legatário? O artigo 2163.^o?

Trata-se, a meu ver, de um preceito excepcional, que não pode ser alargado ao campo da sucessão voluntária, numa visão unitária da herança *ex re certa*. Ou seja, se no legado por conta da quota tivéssemos um cruzamento de herdeiro e legatário, um herdeiro em bens determinados, mais precisamente, o legado por conta da legítima seria excepcional em relação ao artigo 2030.^o, não podendo ser aplicado por analogia. No entanto, na visão que critico, o legado por conta da quota, na sua dupla vertente (legado e herança), embora aparentemente respeitasse os critérios legais resultantes do artigo 2030.^o⁵³, acabaria por os violar. E senão vejamos: se o legislador não permite que o testador atribua unicamente um bem determinado e qualifique ou pretenda que tal deixa seja uma herança, ou se traduza na atribuição de uma quota, como poderia permitir-lhe instituir um herdeiro em bens determinados? *Pôr em causa a alternatividade dos critérios legais significaria comprometer, não só o seu carácter injuntivo, mas, também, a lógica do próprio sistema sucessório, que se centra na distinção entre herdeiro e legatário.* É claro que o legado por conta da legítima constitui uma exceção, mas sempre se poderia afirmar que apenas circunscrita ao campo da sucessão legal, que se vê assim “invadida” pela sucessão voluntária. *Isso não poderia significar, no entanto, uma permissão para o próprio testador alargar a brecha assim aberta no sistema, cruzando os critérios legais (se é, de facto, disso que se trata...).* Quer-me parecer realmente que não.

⁵³ Neste ponto, Galvão TELLES afasta-se da crítica de que a admissibilidade do legado por conta da quota permitiria a subversão dos critérios legais (como temos vindo a defender), porque o mesmo se traduz numa aplicação desses mesmos critérios: o sucessível é herdeiro enquanto recebe uma quota, e legatário enquanto recebe bens determinados. Assim, “a vida na sua exuberante complexidade pode apresentar várias hipóteses” (*Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 215-216).

Na visão que vê no legado por conta da quota um cruzamento de critérios, ficaria comprometida, repita-se, a lógica do sistema e a injuntividade do critério legal de distinção entre herdeiros e legatários. Se, de facto, se deu uma transposição dos critérios de distinção entre herdeiros e legatários do âmbito da sucessão legal para a sucessão voluntária, não me parece que, neste ponto e nesta visão, fosse possível transpor a solução relativa ao legado por conta da legítima para a sucessão voluntária, devido ao seu carácter excepcional.

O próprio autor do Anteprojeto admite o legado por conta da quota em geral. Mas veja-se que o faz de uma forma bastante mais cautelosa do que autores como Oliveira Ascensão, para quem a determinação do facto de o legado ser realizado por conta da quota pode resultar de qualquer prova complementar e sem a limitação resultante do artigo 2187.^o, n.^o 2, relativa ao contexto do testamento⁵⁴. *De facto, saber se o legado acresce à quota atribuída ou é supostamente parte integrante da mesma é um aspeto fundamental e não meramente secundário da disposição, por isso sujeito, como qualquer outro aspeto de interpretação do testamento, ao limite objetivo do contexto do testamento.* Por outro lado, para além de cauteloso, Galvão Telles hesita na qualificação da figura, sendo o autor que mais se aproxima da visão que aqui venho sustentar, por não negar ou secundarizar a existência de um verdadeiro legado no legado por conta. *Sustento que não existe qualquer cruzamento de critérios no legado por conta, mas apenas um legado particional e uma herança dele autónoma.* Trata-se de uma visão que me parece sustentada pelos trabalhos preparatórios, pela própria letra do artigo 2030.^o, e pela particularidade do artigo 2163.^o.

A todos os aspetos que ficaram referidos, posso ainda acrescentar outros que, a meu ver, represen-

⁵⁴ Cfr. Galvão TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 218-219.

tam a machadada final na defesa do legado por conta da quota enquanto cruzamento da figura de herdeiro e legatário, ou seja, enquanto herança *ex re certa*. Tais argumentos permitirão demonstrar a particularidade que caracterizaria a situação contemplada no artigo 2163.º, se esta constituísse uma herança *ex certa re*. Em primeiro lugar, a ideia de que, *na visão crítica, o legado por conta da quota voluntária representaria um contrassenso numa perspetiva lógica e à luz do artigo 2030.º*. Assim, ao contrário do que acontece no legado por conta da legítima, em que a quota existe *per se* (atendendo à sua fonte legal), no legado por conta da quota testamentária ou pactícia, a própria quota não existe em si mesma, fora e para além da vontade do autor da sucessão. *Por isso, e como este não pode instituir herdeiros em bens determinados, ao determinar que o legado se faz por conta da quota, o testador ainda se encontraria a delimitar o âmbito da própria quota*. A meu ver é o único entendimento conforme com o preceito referido: se o sucessor é herdeiro ou legatário, e será herdeiro quando receber uma quota, ao determinar a atribuição de um legado por conta da quota, e numa visão unitária de ambas as atribuições, quota e legado por conta da mesma, o testador nada mais faria do que delimitar a própria quota. *Assim, o legado nunca seria feito “por conta” da quota, mas “a descontar” na quota*. Por exemplo, se o testador deixasse a A, num testamento público, realizado em 2010, metade da herança, dispondo em novo testamento, em 2014, de um bem determinado (no valor de 100) igualmente em benefício de A, “por conta da quota atribuída anteriormente” ou “para preenchimento da quota atribuída a A no testamento de 2010”, *estariamos perante uma revogação parcial da quota atribuída em 2010*. Se o fizesse no mesmo testamento, aquilo que faria seria instituir A numa quota de metade da herança, a que seriam subtraídos 100, do valor do bem legado. A meu ver, o facto de a própria quota

resultar da vontade do testador não permitiria outra conclusão. A questão que se imporia seria então a seguinte: a atribuição de uma quota deduzida do valor de um bem determinado representaria, ainda, uma instituição de herdeiro? A resposta seria, obviamente, positiva. Nesta perspetiva, estritamente lógica, o legado por conta da quota seria, na realidade, um legado “a descontar” na quota. Isto, admitindo que nele se verifica um cruzamento dos critérios legais. Eis um aspeto que não caracterizaria o legado por conta da legítima, cuja particularidade, neste ponto, não permitiria a sua “transposição” para o âmbito da sucessão voluntária.

Ainda no âmbito da sucessão legal, neste caso legítima, diga-se que a figura também não me pareceria logicamente admissível, pois, qualquer referência à quota na herança legítima feita no próprio testamento, para efeitos de imputação da deusa de um bem determinado, representaria uma mudança de título de semelhante quota, que passaria de legal, a testamentária. Em suma, no legado por conta da legítima, teríamos um herdeiro-legatário, no legado a “descontar” na quota, estaríamos perante um herdeiro e um legatário. Por isso, a conclusão a que chega Pamplona Corte-Real⁵⁵ de que a possibilidade de cruzamento dos critérios do artigo 2030.º põe em causa toda a lógica de um sistema que se centra na distinção entre herdeiro e legatário, apenas seria válida no âmbito circunscrito do legado por conta da legítima. Neste, no entanto, seria compreensível a admissibilidade legal da figura do herdeiro-legatário: flexibilizar o mecanismo da sucessão legitimária. Pelo contrário, na sucessão voluntária, não se compreenderia a necessidade do referido legado por conta da quota. Podendo o testador instituir herdeiros e legatários e, inclusivamente, dividir toda a herança em legados,

⁵⁵ Pamplona CORTE-REAL, *Cursa...*, 135.

na ausência de herdeiros legitimários; tendo ainda a faculdade de impor encargos aos legatários, como o pagamento do próprio passivo da herança, qual a necessidade de subverter a própria lógica do sistema sucessório? Esta visão do legado por conta da quota como um cruzamento entre herança e legado, permitiria retirar algumas consequências práticas aplicáveis à interpretação de uma disposição testamentária em que o testador deixasse bens determinados “por conta” de uma quota, ou “para preencher” a quota. A principal conclusão a retirar seria a de que, se o testador pretendesse, de facto, atribuir um legado, no legado a “descontar” na quota, esta existiria da estrita medida do que sobrasse, deduzido o valor do legado. *Assim, se o valor do legado ultrapassasse a própria quota, esta seria “consumida” pelo legado, ou seja, tornar-se-ia irrelevante, acontecendo, precisamente, o inverso do que defende alguma doutrina, que afirma que a posição de herdeiro acaba por consumir a posição de legatário no legado por conta da quota.*

Repito que a leitura referida seria a única conforme com o artigo 2030.º, visto que, ao contrário do que entende a nossa doutrina⁵⁶, na realidade, vingou no preceito o afastamento da herança *ex re certa*, que resultava do Anteprojeto de Galvão Telles. Embora se admita o preenchimento da quota com bens determinados se tal quota for a legítima, no âmbito estrito da sucessão voluntária a herança *ex re certa* não seria possível. É que a insegurança jurídica que resulta da admissibilidade da relevância da intenção do testador na distinção entre herdeiro e legatário não seria a mesma que procede da admissibilidade de

imputação de um legado numa quota atribuída por lei... É que a insegurança jurídica resultante de uma preocupação de centrar todo o fenómeno sucessório na vontade do autor da sucessão nem sempre é desejável; basta pensar nas dificuldades inerentes a uma interpretação correta dessa vontade. Por isso, em certos campos, como a distinção entre herdeiro e legatário, (ou no campo da determinação das regras de imputação de liberalidades feitas pelo autor da sucessão, por exemplo⁵⁷), os critérios legais objetivos prevalecem sobre os critérios voluntaristas, de carácter subjetivo. Tem assim razão Capelo de Sousa⁵⁸ ao afirmar que:

“A qualificação de herdeiros feita pelo testador (...) não pode prevalecer sobre o critério de qualificação da lei, até porque há que ter em conta interesses públicos que poderiam ser afetados com alteração da qualificação. Daí que as qualificações legais de herdeiros e legatários tenham um carácter imperativo, não podendo ser ilididas por vontade em contrário dos particulares”.

Parece-me de afastar, no entanto, a afirmação de que uma questão diversa seja a determinação da vontade do testador em matéria de repartição de bens, se daí se extrair a relevância da intenção do testador na distinção entre herdeiro e legatário. Se estão em causa interesses públicos, nem a qualificação do testador prevalece sobre a qualificação legal, nem poderia este atribuir bens determinados a um sucessor, pretendendo instituir um herdeiro *ex re certa*, figura que a lei não reconhece.

No entanto, não é isso que se verifica. No legado por conta da quota existe um legado particional, que acres-

⁵⁶ Cfr. por exemplo, Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª edição, renovada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 58, nota 99; bem como Eduardo dos SANTOS, para quem apenas “à primeira vista” se pode concluir que a nossa lei não admite a figura da herança *ex re certa*, na medida em que se trata de uma situação em que a regra do artigo 2030.º, n.º 2, não é desrespeitada, pois o *de cuius* quis ele mesmo proceder à partilha.

(*Direito das Sucessões — Lições*, Lisboa: AAFDL, 2002, 318)

⁵⁷ Numa perspectiva exatamente oposta àquela que temos vindo a seguir, em sede de imputação de liberalidades, PAULA BARBOSA defende que a imputação se traduz num negócio jurídico *mortis causa* unilateral. Por isso, a imputação de liberalidades admite uma flexibilidade probatória semelhante àquela que resulta do artigo 2187.º em relação ao testamento (Paula BARBOSA, *Doações entre cônjuges — Enquadramento Jus-sucessório*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 332).

⁵⁸ Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 59-60.

ce a uma instituição de herdeiro dele independente. Por isso, a herança não é *ex re certa*. Apenas o legado, como qualquer outro, é *ex re certa*. A herança *ex re simpliciter* não existe enquanto unidade conceptual na nossa ordem jurídica. A grande falha da conceção tradicional é a de que analisa a situação unitariamente pela perspectiva da herança, quando deveria ter-se centrado na qualificação desta espécie de legado (verdadeiro legado!). Por isso, o herdeiro pode aceitar a herança e repudiar o legado, como referi, embora, pela sua natureza, este legado particional esteja dependente da existência da herança, sem a qual caduca, por perder a sua função. Neste sentido, se, num primeiro testamento, o testador atribui uma quota e, num segundo testamento, atribui um bem determinado para preencher essa quota, não existe qualquer revogação. Isso seria ver as deixas enquanto herança *ex re certa*. Na perspectiva do legado, temos uma atribuição particional, que não se traduz em qualquer vantagem para o sucessível. Não há, por isso, revogação, mas acréscimo de uma faculdade dada ao mesmo sucessível contemplado no primeiro testamento, que lhe permite receber um bem para preencher a sua quota, prioritariamente em relação aos restantes herdeiros, e que não entrará na massa de bens partilháveis. Uma verdadeira partilha parcialmente “antecipada”. Pelo contrário, a visão do legado por conta como falso legado, e como verdadeira herança *ex re certa*, conduz a resultados absurdos (o legado “a descontar” na quota...). Ainda no que se refere a este ponto, diga-se que nada impede que, numa deixa testamentária posterior, o testador dite que a quota atribuída numa doação por morte anterior (inserida em convenção antenupcial) seja preenchida com determinado bem. Visto que não está em causa qualquer revogação da disposição anterior, a determinação de que o legado se faz por conta da quota pactícia não tem de resultar de um novo pacto sucessório. Finalmente, apesar de o legado particional em causa se encontrar

necessariamente ligado à atribuição da quota na qual será imputado, essa atribuição é totalmente independente. Isto significa que a alienação do bem, objeto do legado particional, não implica uma revogação da quota na qual este seria imputado.

O legado por conta da quota é um verdadeiro legado, como afirma Galvão Telles, no respeito estrito do artigo 2030.º. E, quanto à interpretação da vontade do autor da sucessão, a mesma é simples: se se concluir que o legado é particional (para preencher uma quota), resulta da aplicação analógica do regime do legado por conta da legítima que a intenção do testador não é atribuir uma vantagem, mas realizar a partilha dos bens. Se o valor de legado for inferior ao valor da quota, o herdeiro pode exigir a diferença, ou exigir a quota por preencher, repudiando o legado; se o valor for superior ao valor da quota, o herdeiro, se quiser aceitar o legado, deve pagar tornas aos co-herdeiros, na proporção das respetivas quotas. Não haverá, na minha visão, impedimento à aplicação analógica, do regime do legado por conta da legítima, visto que, nela, o mesmo não contraria os critérios do artigo 2030.º, não sendo, por isso, excecional em relação ao mesmo. Tudo o que ficou referido permite-me concluir que, em matéria de herança *ex re certa*, a questão se encontra um pouco descentrada na análise realizada pela nossa doutrina.

123

2.4. Admissibilidade do legado por conta da quota testamentária ou pactícia como uma disposição sobre a partilha?

Mas terá o legado particional, a que se reconduz o legado por conta da quota testamentária ou pactícia, um efeito real? Já afirmei que essa é a visão da nossa doutrina. E, de facto, parece-me a visão a sufragar. Como diz Duarte Pinheiro⁵⁹:

⁵⁹ Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 469.

“O *de cujus* pode dispor como entender dos bens não abrangidos pela sucessão legitimária, pelo que não lhe é vedado determinar por testamento a repartição dos bens que cabem aos herdeiros no âmbito da quota disponível ou cometer tal tarefa a terceiro nos termos do artigo 2182.º, n.º 2”.

No entanto, poderão estar em causa *regras para a própria partilha, à semelhança do que admitem os legisladores italiano, no artigo 733.º do Codice Civile, e suíço, no artigo 608.º do respetivo Código Civil?* Entendo que o autor da sucessão pode ditar tais regras; no entanto, elas não teriam qualquer valor injuntivo em sede de partilha, podendo, por isso, ser ou não respeitadas pelos seus sucessores. Senão vejamos...

Atendendo ao legado por conta da legítima, poderá perguntar-se se não é a própria lei a sobrepor ambos os planos referidos (nomeação de legatário e disposições relativas à partilha). Mas ficará, talvez (!) demonstrado que não, na medida em que, embora o legado por conta tenha uma função particional, o mesmo não constitui uma disposição relativa à partilha. *Basta pensar que o bem que deve preencher a quota, ao ser legado, não entrará na partilha, por isso, não está em causa uma disposição sobre a partilha, mas uma disposição de partilha*⁶⁰. No entanto, o mesmo indicia que o modo de o nosso legislador deixar o testador manifestar a sua vontade em sede de partilha é através de legados particionais e não através de disposições sobre a partilha. Por isso, a distinção em causa não impede a qualificação das atribuições preferenciais previstas na própria lei como legados legais. Trata-se de uma distinção expressamente admitida por Capelo de Sousa⁶¹ a propósito das atribuições preferenciais previstas no Código Civil, em benefício do cônju-

ge sobrevivente, nos artigos 2103.º-A e ss, ao sustentar que a Reforma de 1977 configurou os direitos de habitação e de uso como emergentes de meras atribuições preferenciais a exercer no momento da partilha e não como direitos hereditários do cônjuge sobrevivente sobre os bens em causa, subtraídos aos poderes de disposição por morte do *de cujus*. No entanto, através da atribuição legal de um direito ao cônjuge, embora em sede de partilha, é legalmente constituído em seu benefício um direito sobre bens determinados, ou seja, um legado⁶².

De qualquer forma, poderá, ainda, colocar-se a questão no âmbito da sucessão voluntária: *podará o testador atribuir um bem determinado para preencher uma quota com efeitos meramente obrigacionais em sede de partilha? Eis uma questão que não foi colocada pela doutrina, que se pronuncia no sentido da produção de efeitos reais no legado por conta da quota, enquanto legado (bem determinado que não entra na partilha)*. Não se pode impedir o testador de ditar regras para a própria partilha (e não legados particionais). Trata-se de saber se, à luz da nossa lei, tais disposições serão vinculativas, ou se não têm qualquer valor injuntivo. Pelo contrário, não me parece que esteja em causa um problema de validade. Poderá, como referia Cunha Gonçalves⁶³, bem como Amadio⁶⁴, na doutrina italiana, concluir-se que aquilo que é permitido ao juiz, ao notário ou aos herdeiros por acordo, em sede de partilha ordinária, não pode ser negado ao testador? Mas, neste caso, a disposi-

⁶² Também Duarte PINHEIRO qualifica estas atribuições preferenciais como legados legítimos, com índole particional, visto que podem ser afastados pelo autor da sucessão através de disposições testamentárias ou pactícias que tenham por objeto os bens sobre os quais a atribuição preferencial recai, caso em que tais bens não serão abrangidos pela partilha hereditária (*op. cit.*, 106-107; em sentido contrário, cfr. Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 334, nota 426).

⁶³ Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, Vol. IX, 687 e 767.

⁶⁴ AMADIO, *op. cit.*, 254, nota 38.

⁶⁰ Distinção que, como ficou referido, a doutrina italiana faz, ao distinguir entre o artigo 733.º e o artigo 734.º do *Codice Civile* (cfr. o ponto 2.1. deste estudo).

⁶¹ Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª edição, renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 160, nota 404.

ção teria uma eficácia meramente obrigacional, e não real, no âmbito da partilha, ou seja, os bens em causa seriam licitados. Tratar-se-ia, por isso, de uma disposição simples de partilha. Estaria em causa o caminho referido, anteriormente, como alternativa c). Nesta perspetiva, tal cláusula, tendo apenas efeitos em sede de partilha, traduzir-se-ia num direito de adjudicação preferencial de determinado bem.

Neste ponto a questão é simples: ou a lei permite a criação de atribuições preferenciais com base na vontade do testador ou não permite. A resposta parece-me ser negativa, tendo em conta os poucos casos de atribuições preferenciais previstas na lei portuguesa⁶⁵.

Concluo, por isso, sem dificuldade, que a visão do legado por conta da quota como uma disposição simples de partilha, ou seja, como criação de um direito de atribuição preferencial de origem voluntária, com efeitos meramente obrigacionais, constitui um beco sem saída, já que a conclusão é a de que tal disposição seria juridicamente irrelevante na nossa ordem jurídica. *Fica assim a conclusão de que o legado por conta da quota deve ser entendido como um legado particional, com efeitos reais. Aliás, a vontade do testador neste legado é a de realizar ele próprio a partilha, pelo que não faria sentido, em princípio, ver nesse legado uma disposição sobre a partilha, em vez de ver uma disposição de partilha. Na nossa ordem jurídica, as “disposições sobre a partilha” apenas podem ser “disposições de partilha”.* Segue-se uma referência ao artigo 608.º do Código Civil suíço e ao artigo 733.º do *Codice Civile* para

salientar as diferenças e semelhanças em relação à solução defendida no nosso ordenamento jurídico, o que permitirá enriquecer o discurso e salientar as suas particularidades.

2.5. As disposições do autor da sucessão sobre a partilha: o artigo 608.º do Código Civil suíço e o artigo 733.º, n.º 1, do Código Civil italiano (revisitado)

No direito suíço, o autor da sucessão pode manifestar a sua vontade no que se refere à própria partilha através de disposições específicas nesse sentido, que se distinguem do legado. Trata-se das disposições sobre partilha, previstas no artigo 608.º do Código Civil suíço. Na realidade, resulta mesmo do n.º 3 do preceito referido a presunção de que a atribuição de um objeto da sucessão a um dos herdeiros não é tida como legado, mas como simples regra de partilha, se a disposição não revelar uma intenção contrária do seu autor. Embora a regras de partilha não surjam no artigo 481.º e seguintes do Código Civil, que se reporta aos modos de disposição, encontrando-se inseridas na parte do Código Civil consagrada à devolução, são unanimemente consideradas pela doutrina como um modo de disposição, a par do legado ou da instituição de herdeiro⁶⁶. *Trata-se de uma disposição por morte autorizada pelo numerus clausus existente no direito suíço nesta matéria*⁶⁷.

A regra de partilha pode ter por objeto a atribuição pelo *de cuius* de um bem a um dos seus herdeiros ou, ainda, a regulamentação do procedimento de partilha, implicando, por exemplo, a composição dos diferentes lotes que serão atri-

125

⁶⁵ Cfr., por exemplo, os artigos 2103.º-A e 2103.º-B. Sendo estas atribuições verdadeiros legados legais, Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 496-497, salienta que o ensino do Direito das Sucessões não se pode limitar, como aconteceu até há pouco tempo, a uma análise em que a pertinência da bipartição herdeiro-legatário se limita ao campo da sucessão testamentária. A matéria dos legados legais surge como uma aproximação da sucessão legal à realidade. No entanto, trata-se de uma opção legislativa que ainda não tem uma expressão alargada, como referimos no texto.

⁶⁶ Cfr. Anouchka HUBERT-FROIDEVAUX, *L'attribution d'un bien à cause de mort, en particulier à une valeur déterminée*, Genève/Bâle/Zurich: Schulthess, 2009, 9.

⁶⁷ HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 16.

buídos aos herdeiros. Surge, por isso, como uma instrução do autor da sucessão, que *jamaiz constitui uma liberalidade que afete o valor das quotas hereditárias*. Presume-se, assim, que o disponente não pretende favorecer um dos seus herdeiros em relação aos outros, ou seja, conferir-lhe uma vantagem patrimonial para além da sua quota hereditária. Por isso, quando um determinado bem é atribuído a um dos herdeiros através de uma regra de partilha, o beneficiário deve imputar esse valor na sua quota hereditária. No direito suíço, o *indício principal para a interpretação da vontade do autor da sucessão é, precisamente, a imputação do valor da atribuição mortis causa*⁶⁸. Assim, estaremos em presença de uma regra de partilha quando o valor do bem atribuído deva ser totalmente imputado na quota atribuída ao herdeiro. Pelo contrário, estará em causa pré-legado (*legs précipitaire*) quando o beneficiário não tem de proceder a qualquer imputação, participando na partilha pela totalidade da sua quota⁶⁹.

De qualquer forma, a regra de partilha *atinge o princípio da igualdade dos herdeiros na partilha*, na medida em que alguns de entre eles deixam de ter um direito igual sobre o conjunto dos bens sucessórios (artigo 610, n.º 1)⁷⁰. Na medida em que as regras de partilha não determinam quem será o herdeiro, mas apenas que os bens sucessórios são atribuídos a certo herdeiro, elas exigem uma definição prévia das quotas hereditárias e apenas se dirigem aos herdeiros. Podem estar em causa tanto herdeiros legais quanto

voluntários, visto que o artigo 608.º se refere aos herdeiros em geral⁷¹.

As regras de partilha não têm qualquer efeito real. O herdeiro a quem é atribuído o bem não o adquire imediatamente em plena propriedade desde o momento da abertura da sucessão. Apenas a realização da partilha, convencional ou forçada, permite pôr fim à comunhão hereditária e fazê-lo adquirir o bem em causa. Assim, a regra de partilha, *embora obrigatória para todos os herdeiros, traduz-se numa instrução que lhes é dirigida para proceder à partilha de um determinado modo, não operando ela própria a partilha da herança*. Por outro lado, é importante salientar que as regras de partilha apenas produzem efeitos na medida em que restam bens da herança após o pagamento das dívidas e dos encargos sucessórios, aí incluídos os legados. Normalmente o *de cuius* prevê apenas uma ou duas regras de partilha, relativas a um dos seus bens determinados, que deseja atribuir a um herdeiro particular⁷².

Se o valor do bem atribuído equivale ao valor da quota sucessória do beneficiário, este já não poderá participar na repartição dos restantes bens da herança, na medida em que, devido à imputação do bem em causa, o saldo da sua parte equivale a zero⁷³. Se o valor do bem atribuído for inferior ao valor da quota do herdeiro, existe alguma divergência entre a jurisprudência e a doutrina quanto ao modo de proceder à partilha os restantes bens.

De acordo com a posição assumida pelo Tribunal Federal, as regras de partilha não têm por efeito subtrair os bens atribuídos da formação dos lotes. Tais bens compõem sempre a massa partilhável e não constituem, por si sós, um lote do beneficiário. A única consequência desta disposição é conferir ao

⁶⁸ Hubert-Froidvaux reporta-se a uma deixa em que o disponente afirma que deixa à sua filha C, como forma de reconhecimento, a sua casa de família, onde ambos viveram os seus últimos anos de vida, acrescentando que ela não terá de prestar contas a ninguém desse valor (*“Elle n’aura à en rendre compte à personne”*). Neste caso, a presunção no sentido da existência de uma regra simples de partilha seria ilidida. De acordo com esta autora, trata-se de uma fórmula resultante de um velho acórdão do Tribunal Federal (HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 51).

⁶⁹ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 15.

⁷⁰ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 9-10.

⁷¹ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 12-13.

⁷² Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 17-18.

⁷³ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 20-21.

herdeiro o direito à atribuição de objetos determinados no quadro de uma constituição de lotes. Assim, devido aos artigos 607.º e 610.º, em presença de uma regra de partilha, na composição dos lotes, torna-se necessário garantir que os restantes herdeiros recebam, na medida do possível, bens da mesma espécie e natureza do bem atribuído, de entre os restantes bens sucessórios. Por isso, o beneficiário de uma regra de partilha não poderá mais invocar uma pretensão relativamente a bens sucessórios do mesmo tipo dos que já lhe foram atribuídos.

Na doutrina, pelo contrário, *PIOTET*, defendeu que a regra de partilha não tem qualquer influência sobre a composição e formação dos lotes. Assim, para este autor, existem duas operações distintas na partilha: a atribuição direta de um ou mais bens a um dos herdeiros e, por outro lado, a formação dos lotes entre os herdeiros. A primeira operação constitui uma das exceções admitidas pelo legislador às disposições legais. Isto significa que, quando é atribuído a um dos herdeiros, instituídos em partes iguais, um bem determinado em virtude de uma regra de partilha, é necessário atribuir aos restantes herdeiros lotes de valor equivalente, o que não significa que os bens devam ser da mesma espécie. Os restantes bens devem depois ser repartidos em tantos lotes quantos os herdeiros existentes⁷⁴. Para Hubert-Froidvaux⁷⁵, esta última posição permite obter um equilíbrio entre a liberdade de testar e o princípio da igualdade entre os herdeiros em sede de partilha. Respeita-se a vontade do disponente, não compensando (ou mesmo corrigindo) sistematicamente as atribuições feitas por este a um dos seus herdeiros no âmbito da formação dos restantes lotes. Acresce que o Tribunal Federal devia modificar a sua jurisprudência, pois o sistema legal não confere nenhuma competência à autoridade que realiza a partilha de atribuição de bens direta ou indireta.

⁷⁴ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 21-24.

⁷⁵ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 24-25.

Também pode verificar-se que o bem atribuído ao herdeiro em virtude da regra de partilha tem um valor superior ao valor da quota. Isto tanto pode ser conhecido pelo disponente, no momento em que se realiza a disposição *mortis causa*, quanto resultar de uma alteração do valor do bem, entre que momento da realização disposição e o momento da morte ou da partilha. Quando isso acontece, os co-herdeiros beneficiam de meios particulares de defesa. Na medida em que as regras de partilha se definem, antes de mais, como uma instrução que não modifica o valor dos quinhões hereditários, tais regras não podem constituir uma violação da reserva, desde logo, porque não constituem qualquer liberalidade suplementar em benefício de um herdeiro determinado. Como a regra de partilha determina apenas uma imputação do valor do bem atribuído na sua quota hereditária, se o valor for superior a essa quota, o artigo 608.º, n.º 2 exige uma correção da desigualdade daí resultante. Tal correção não opera através da redução por inoficiosidade, porque, como se disse, não está em causa uma liberalidade, mas opera através do pagamento de uma soma em dinheiro, ou seja, através do pagamento de tornas. O seu valor é determinado pela diferença entre o valor do bem efetivamente recebido e o valor da quota hereditária do herdeiro⁷⁶.

As disposições legais relativas à partilha têm um carácter dispositivo, o que significa que os herdeiros podem afastar tais regras e, através de uma decisão unânime, convencionar a realização da partilha de outro modo. Na falta de um contrato de partilha concluído de forma unânime por todos os herdeiros, as disposições do *de cuius* sobre a partilha têm um carácter injuntivo, devendo ser respeitadas pelos herdeiros⁷⁷.

Quando estamos em presença de uma regra de partilha, o beneficiário pode sempre decidir livremente se deseja exigir

⁷⁶ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 25-28.

⁷⁷ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 30-31.

a sua observação, ou se prefere renunciar a tal regra. Apenas ele tem um interesse legítimo na aplicação desta regra de partilha. Essa renúncia não tem qualquer consequência no valor do seu quinhão hereditário, na medida em que não se trata de um repúdio, no sentido referido no artigo 566.º, mas de uma simples renúncia ao bem visado pela regra. Por outro lado, a regra de partilha não confere nenhuma posição jurídica particular ao herdeiro. Se este repudiar a herança, perde a sua qualidade de herdeiro e não pode mais prevalecer-se da regra de partilha ditada em seu favor. Tal regra é plenamente dependente do estatuto de herdeiro do seu beneficiário. Apenas pode, por isso, ser exercida em presença dessa qualidade. Aquele que beneficia da parte repudiada não pode, assim, prevalecer-se da regra de partilha, salvo disposição em contrário do *de cujus*⁷⁸.

Exposto em traços gerais o regime previsto no referido artigo 608.º, verifica-se que o mesmo se aproxima, em alguns aspetos, das conclusões a que cheguei quanto ao legado particional no direito português (que vem substituir a figura da herança *ex re certa*):

- a) O facto de o indício determinante para a sua identificação residir na indicação expressa de uma imputação do bem na quota;
- b) A ideia de que o mesmo não constitui nenhuma liberalidade;
- c) A liberdade atribuída ao herdeiro de aceitar a herança, podendo não querer prevalecer-se da regra de partilha;
- d) A dependência desta regra em relação à própria qualidade de herdeiro;
- e) A existência de tornas quando o valor do bem atribuído ultrapassa o valor da quota.

Poderia pensar-se que a opção do legislador

suiço por uma regra de partilha, em detrimento de um legado particional, resulta de uma diferente conceção de legado. No entanto, a noção de legado o direito suiço teria sido perfeitamente compatível com a existência de um legado particional. E, senão vejamos: o legado encontra-se previsto no Código Civil, nos artigos 484.º a 486.º, e é definido pela doutrina como uma disposição *mortis causa* que atribui a uma pessoa um direito de crédito a uma vantagem patrimonial. Esta noção resulta mais claramente da versão alemã do Código, na qual figura expressamente, no artigo 484.º, n.º 1 (“Vermögensvorteil als Vermächtnis zuwenden”). A versão francesa não é tão clara, pois define o legado *a contrario*, por contraposição à herança⁷⁹. Poderia, assim, parecer que a ausência de qualquer vantagem económica não seria compatível com a natureza do legado nesta ordem jurídica. No entanto, tal como defendemos em relação ao direito português, também parte da doutrina suiça aceita que assim não seja, sendo embora a questão objeto de divergência. Tal doutrina admite que pode não estar em causa um acréscimo patrimonial, mas apenas o reconhecimento de uma pretensão existente. Assim, o termo “patrimonial” não se confunde com o termo “pecuniário” ou “económico”. Neste sentido, um objeto poderá constituir uma vantagem patrimonial sem representar qualquer valor pecuniário, não implicando, por isso, um enriquecimento do beneficiário. Nesta perspetiva, para Hubert-Froidevaux⁸⁰, “patrimonial”, significa “susceptível de fazer parte de um património”. Esse seria o caso da atribuição de documentos como correspondência, documentos de estado civil, fotos de família, etc., que não têm qualquer valor pecuniário.

⁷⁸ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 32-33.

⁷⁹ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 39.

⁸⁰ Cfr. HUBERT-FROIDEVAUX, *op. cit.*, 40-41.

No que se refere ao direito italiano, tinha ficado referido no ponto 2.1 que o artigo 733.º, n.º 1, do Código Civil, que prevê expressamente um mecanismo de preenchimento da quota com bens determinados por vontade do autor da sucessão, se traduzia numa disposição com efeitos meramente obrigacionais em sede de partilha, ou seja, numa disposição sobre a partilha e não numa disposição de partilha. Pelo contrário, no domínio do Código Civil de 1865, Gangi admitia que a vontade do autor da sucessão poderia implicar a existência de um efeito real na disposição, por estar em causa um verdadeiro legado⁸¹. A qualificação da situação prevista no artigo 733.º, n.º 1, como um legado obrigacional a cargo dos restantes co-herdeiros é defendida na doutrina por Barba⁸², como referimos. No entanto, esta posição não é consensual. Salienta BONILINI⁸³ que a qualificação como legado é atacada pelo facto de o legado por ser objeto de repúdio, o que poderia pôr em causa a vinculatividade da norma, se todos os herdeiros acordassem em realizar a partilha de outra forma. Por outro lado, os bens são adquiridos a título de herança. De afastar, para este autor é, igualmente, a posição, defendida por BURDESE⁸⁴, no sentido da qualificação da disposição como uma disposição testamentária *sui generis*, preparatória da composição dos lotes em sede de partilha. Pelo contrário, BONILINI qualifica a disposição em causa como um modo, que permite dar relevância ao interesse do testador, pois este pode ser diferente do interesse do beneficiário.

⁸¹ À luz do Código Civil de 1942, Giovanni BONILINI também parece admitir ambas as situações (*Diritto delle successioni*, Roma: Laterza, 2004, 289).

⁸² BARBA, *op. cit.*, 85, texto e nota 118, e 86.

⁸³ BONILINI, *op. cit.*, 290.

⁸⁴ Alberto BURDESE, *La divisione ereditaria*, in Filippo VASSALLI, (diretto da), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vol. XII, T. 5, Torino: UTET, 1980, 133.

Tal como a doutrina suíça, também a doutrina italiana salienta que a possibilidade de o testador ditar normas para a partilha constitui uma derrogação de diversos princípios legais em matéria de partilha⁸⁵.

Outro aspeto importante no regime em causa prende-se com a previsão de que (arrigo 733.º/1):

“Quando o testador estabeleceu normas particulares para formar os quinhões, estas normas são vinculativas para os herdeiros, a não ser que o valor efetivo dos bens não corresponda às quotas estabelecidas pelo testador”⁸⁶.

Significará isto que se o valor do bem determinado em causa ultrapassar o valor da quota a disposição de partilha é irrelevante? A resposta é negativa, nomeadamente tendo em conta a previsão do artigo 763.º, n.º 2, nos termos do qual a partilha pode ser impugnada no caso da divisão feita pelo testador (artigo 734.º), se um dos herdeiros receber um valor inferior ao da quota que lhe cabe, desde que esteja em causa um valor superior ao ¼ dessa quota. Trata-se de um preceito que parte da doutrina aplica por analogia ao caso previsto no artigo 733.º, n.º 1, para concluir que, apenas se o valor do bem que visa preencher a quota for superior a ¼ do valor dessa mesma quota, deixarão de ser vinculativas as normas de divisão ditadas pelo testador⁸⁷. Pelo contrário, para BURDESE⁸⁸, a regra é sempre vinculativa, mas deverá haver lugar ao pagamento de tornas quando o valor do bem for superior ao valor da quota. Um pouco diferente é a posição de Cicu⁸⁹ para quem o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos e o respeito pela vontade do autor

⁸⁵ BURDESE, *id.*, *ibid.*.

⁸⁶ A tradução é do autor.

⁸⁷ Cfr. BONILINI, *id.*, *ibid.*.

⁸⁸ BURDESE, *op. cit.*, 134.

⁸⁹ CICU, *Successioni per causa di morte — Parte generale*, seconda edizione aggiornata in volume unico, Milano: Giuffrè, 1961, 472.

da sucessão implicam, igualmente, que haja lugar ao pagamento de tornas, embora admita a impugnação da partilha, por aplicação do artigo 763.º, n.º 2, se o valor do bem ultrapassar em ¼ o valor da quota.

Dois aspetos desta análise que a doutrina italiana faz das disposições de partilha previstas artigo 733.º, n.º 2, me parecem importantes.

Por um lado, o facto de se criticar a sua qualificação como legado, por este poder ser repudiado, pondo em causa a vontade do autor da sucessão. Trata-se de uma crítica que se baseia no pressuposto de que a disposição é ditada no interesse do autor da sucessão e não no interesse dos seus sucessores. Não me parece que esta afirmação crítica da doutrina italiana quanto à qualificação destas disposições como legado proceda. É verdade que, no direito português, na minha opinião, embora o legado particional proceda da manifestação de vontade do autor da sucessão, o sucessível poderá sempre repudiar o legado e aceitar a quota de herança que lhe é atribuída. Mas, qualquer repúdio implica, em última análise, que a vontade do autor da sucessão seja posta em causa, e não somente neste caso. Acresce que uma determinada regulamentação sucessória é sempre estabelecida, não só no interesse do testador, mas, igualmente, no interesse dos seus sucessíveis. Finalmente, na nossa ordem jurídica, o cruzamento dos critérios de qualificação dos sucessores, previstos no art. 2030.º, não é permitido, por opção legislativa, não prevalecendo, neste âmbito, a vontade do autor da sucessão.

Por outro lado, é importante a interpretação que a doutrina faz da exigência de que o valor do bem a preencher a quota não ultrapasse o valor desta última. Para uma parte da doutrina, a solução mais conforme com a vontade do autor da sucessão será a de admitir a vinculatividade da disposição, embora haja lugar ao pagamento de tornas (aliás, como ocorre no direito suíço).

3. Um exemplo concreto: a situação contemplada no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 2007

Em sentido, em parte, contrário ao aqui defendido, e em conformidade com a doutrina de Galvão Telles nesta matéria, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 13 de março de 2007 (Processo n.º 06A4656, Relator: Borges Soeiro)⁹⁰:

“1. Em todos os casos em que certa cláusula testamentária comporte mais do que um sentido possível, importa apurar até ao limite a vontade do testador.

2. Na situação dos autos, por se estar perante uma disposição testamentária que institui um sucessor coloca-se um duplo problema: o que *quis* o testador deixar-lhe: a universalidade ou uma quota da universalidade ou bens determinados? E que *natureza jurídica* assume a deixa: herança ou legado?

3. Conhecido o conteúdo da disposição testamentária, no sentido de a mesma vir a ser qualificada como instituição de herdeiro ou de legatário, isto é, indagar se o testador pretendeu atribuir ao sucessor o património como unidade ou uma sua quota ou, se pelo contrário, se atribuíram bens determinados, poder-se-á chegar à situação, como a dos presentes autos, que a intenção do testador terá sido a de, simultaneamente deixar uma quota e bens por conta dela.

4. Dentro desta categoria de “herdeiro-legatário” pode surgir uma modalidade especial consistente em se estabelecer que o “*quantum*” da quota será o que resultar “*a posteriori*” da avaliação dos bens, independentemente da forma como testador qualifica essa deixa testamentária, que, atento o disposto no art. 2030º nº 5 do C.C. é irrelevante.

5. Não há assim qualquer obstáculo em atribuir o pretendido efeito à vontade manifestada e a vontade manifestada foi transmitir a sua herança, fundamentalmente pelos sobrinhos que sobreviveram ao testador.

6. Não se contraria a definição legal de legatário, porque a deixa recaindo sobre bens determinados é um legado; e também não se contraria a definição legal de herdeiro

⁹⁰ Disponível em: www.dgsi.pt.

porque, existe também instituição de herdeiro — legado por conta da herança -, resultando tal situação de o testador ter querido deixar os bens como elementos integrantes de uma quota do seu património.

7. Verifica-se, assim, a possibilidade do testador designar desde logo, ele mesmo, os bens que hão-de compor ou preencher a quota da herança, sendo que tal direito, em sede de sucessão testamentária, é incontestável”.

Estava em causa um problema de interpretação do testamento, sendo que o testador era, ele próprio, jurista. No testamento o autor da sucessão declarou:

“ (...) que não tem herdeiros legitimários... Do remanescente de toda a sua herança institui herdeiros os seus catorze sobrinhos a saber: CC..., GG..., AA..., Amaro... (e outros). Que, porém, os quinhões destes catorze sobrinhos são iguais, isto é, “per capita”, com excepção do AA que receberá a mais que os outros a percentagem de dez por cento sobre o valor de cada quinhão dos restantes. Que, para princípio de pagamento do respectivo quinhão e referida percentagem, lega ao mesmo sobrinho AA a Quinta de e ainda duas Bouças ...e um Souto... que, de forma alguma, deseja que seja dividida. Que o mencionado seu sobrinho AA fica obrigado a venerar e conservar o jazigo no cemitério paroquial, pertença da Casa de Porém, no caso de aquele seu sobrinho AA não querer ou poder aceitar o legado atrás especificado, com esta obrigação e encargos que eventualmente tenha de suportar, será então substituído por qualquer outro dos referidos catorze sobrinhos que aceite, beneficiando assim daqueles legado e percentagem de dez por cento. E, dada a hipótese de haver mais do que um dos ditos sobrinhos a pretender a substituição voluntária do AA, proceder-se-á então a um sorteio entre pretendentes, ficando a Quinta do ... para o contemplado com a sorte neste sorteio, acrescendo ao seu quinhão aquela percentagem de dez por cento”;

No acórdão recorrido, o tribunal entendeu que:

“Resulta assim do exposto, contrariamente ao decidido no despacho de fls.1069, que o preenchimento do quinhão e percentagem atribuídos ao interessado AA (agora à sua Herança ilíquida e indivisa), com os bens referidos nas verbas indicadas não determina a inexistência de tornas, antes devendo as mesmas ser consideradas na elaboração do mapa da partilha a realizar, na medida em que esses bens excedam a quota daquele interessado, definida como 1/14 do remanescente da herança acrescida de 1/10 so-

bre cada um dos quinhões dos demais sobrinhos, o que importa, necessariamente, a revogação de tal despacho, no que a esta parte respeita, bem como da sentença homologatória da partilha, prosseguindo os autos com a feitura de novo mapa de partilha nos termos ordenados, sem prejuízo do disposto no art.º 1385, do CPC.”

O problema residia, precisamente, em saber se, no legado, para preenchimento da quota, o valor dos bens que ultrapassava a quota devia ou não dar lugar ao pagamento de tornas. Numa parte da sua alegação, a recorrente seguiu a seguinte linha de raciocínio: para a recorrente, a afirmação de que os legados eram para “princípio da pagamento” significava que o testador apenas teria concebido a hipótese de aqueles concretos bens poderem não chegar para “pagar” o quinhão hereditário e a percentagem atribuída ao legatário por conta; pelo contrário, nunca teria contemplado a hipótese de os bens em causa ultrapassarem o valor da quota, bem como o facto de o legatário em causa poder vir a devolver aos outros o possível excesso, através do pagamento de tornas. Por isso, tal interpretação não teria qualquer correspondência no texto e no contexto do testamento. No entanto, os pressupostos de avaliação dos bens que serviriam para preencher a quota alteraram-se, a partir de meados da década de 1980, de forma totalmente radical e, por isso, os valores no momento da abertura da sucessão eram inequivocamente diferentes dos que à data do testamento eram fixados. Tratava-se de um aspeto que não teria sido contemplado pelo testador. Por outro lado, para a recorrente, não seria verdadeira a afirmação do tribunal *a quo* de que, se o testador tivesse a vontade de que o excesso fosse tomado como liberalidade por conta da quota disponível, teria expressamente referido tal facto. A conclusão contrária resultaria do facto de o testador ter qualificado aqueles bens como “legado” sabendo que não tinha herdeiros legitimários, bem

como o facto de ter manifestado uma vontade inequívoca de que a Quinta de ... não fosse dividida. Daqui se poderia retirar que a sua vontade expressa era a de que aqueles concretos bens fossem atribuídos na totalidade e sem possibilidade de redução ao AA, num primeiro momento, e só no caso de este não querer é que seriam atribuídos a outro. Assim, o testador, ao qualificar o conjunto daqueles bens como legado, teria, inequivocamente, afastado a possibilidade de se verificar qualquer redução e/ou pagamento de tornas. Por isso, e em suma, a vontade real e contemporânea do testador teria sido a de beneficiar com um legado o AA, para “*principio de pagamento*” do quinhão e percentagem que lhe foram atribuídos, não tendo concebido a ideia de este ter de vir a pagar tornas.

Parece-me resultar do testamento em causa que, o facto de o testador contemplar apenas a situação em que o valor dos bens era inferior ao valor da quota, não significa que se deva interpretar a sua vontade no sentido de que este tomou como certo que tais bens seriam atribuídos ao legatário por conta da quota, excluindo-se, deste modo, qualquer pagamento de tornas por um eventual excesso, que, por uma alteração do valor de tais bens, veio a verificar-se. Embora o testamento se traduza numa vontade atual, esta projeta-se no futuro, para o momento da morte. Por outro lado, o que é claro é que estava em causa um legado particional, pelo que o mesmo não tinha subjacente nenhuma vantagem, que não pode, por isso, ser imputada à vontade do testador. Neste sentido, o pagamento de tornas corresponde à sua vontade, em conformidade com tal caráter particional do legado. É, por isso, correta a afirmação de que, no legado particional em causa, a vontade de atribuição de uma vantagem, se o valor do bem que visa preencher a quota exceder o valor desta, deve ser expressamente manifestada, visto que isso equivale a outro legado: um pré-legado.

4. Conclusão

A análise da problemática da herança *ex re certa* na nossa ordem jurídica, apenas me parece permitir uma conclusão: a de que a figura não é, nela, admitida, porque o artigo 2030.º afasta a relevância da intenção do autor da sucessão na distinção entre herdeiro e legatário. Ao contrário do que defende uma parte da nossa doutrina, ao excluir do Anteprojecto Galvão Telles a referência à irrelevância da intenção na qualificação dos sucessores, a Comissão Revisora não consagrou a solução contrária. Simplesmente a questão não ficou resolvida. Penso que a melhor interpretação do preceito é no sentido da negação da relevância de tal intenção. No que se refere às deixas categoriais dicotómicas que esgotam a totalidade da herança, a tentativa da doutrina de aí ver heranças não me parece bem sucedida, visto que a nossa lei não permite que a atribuição de um bem determinado seja qualificada como instituição de herança.

Por outro lado, tal lei também não permite que haja um herdeiro em bens determinados: o denominado legado por conta da quota. Isto não significa que o autor da sucessão não possa determinar que a quota seja preenchida com bens determinados, mas, neste caso, não está em causa uma herança *ex re certa* ou seja, como refere Galvão Telles, um herdeiro-legatário. Pelo contrário, trata-se de uma normal instituição de herdeiro, a que acresce uma nomeação de legatário, num legado particional, dependente dessa instituição de herdeiro quanto à sua finalidade. Ao analisar a questão pela perspectiva da herança, a nossa doutrina vê na figura um cruzamento dos critérios legais, chegando assim à conclusão de que a nossa lei põe em causa a própria distinção feita no artigo 2030.º. Na perspectiva que adotei, tudo “parece ficar no seu lugar”, visto que o problema tem de ser analisado pelo prisma do tipo

de legado que está em causa: um legado particional com um caráter particular no universo dos legados, visto que, nele, não existe qualquer vantagem para o sucessível. Por isso, a visão que mais se aproxima da que aqui sustentei é a visão de Galvão Telles, que não nega a existência de um legado no “legado por conta da quota”, ao contrário do que parece fazer o resto da doutrina. Por outro lado, esta visão é conforme com a conceção do direito romano, que via na herança *ex re certa* uma instituição de herdeiro limitada a bens determinados, o que não acontece no legado por conta. A referência a esta categoria não me parece, por isso, relevante neste âmbito.

Esta nova visão que adotei permite-me afirmar que não existe qualquer concurso de regimes⁹¹ aplicáveis a estas “*liberalidades* com relevância sucessória”. Por outro lado, existem consequências de regime nesta leitura:

1. A possibilidade de o herdeiro aceitar a quota e repudiar o legado que visa preenchê-la.
2. A existência de tornas se o valor do legado ultrapassar o valor da quota.
3. A ideia de que a disposição que dita o preenchimento de uma quota atribuída em testamento anterior não constitui uma revogação dessa disposição, o que resulta da independência da atribuição da quota em relação ao legado particional.

⁹¹ Cfr. D. MORAIS, “Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória”, 27.

4. A ideia de que uma alienação posterior do bem que é objeto do legado particional, não terá qualquer consequência na atribuição da quota, visto que as deixas não devem ser encaradas de forma unitária. Neste caso, no entanto, o legado particional será objeto de uma revogação real (artigo 2316.º, n.º 1).

Neste caminho, fui auxiliado pelo direito suíço, bem como italiano, que contemplam previsões específicas sobre o legado por conta da quota. No caso do direito italiano, acresce a existência de uma consagração legal explícita da herança *ex re certa*.

Por último, ficou a conclusão de que, na nossa ordem jurídica, o legado por conta da quota não pode ser visto como uma atribuição preferencial de origem voluntária. Assim, se o autor da sucessão quiser ditar uma *disposição sobre a partilha*, apenas o poderá fazer através de uma *disposição de partilha*.

Tal como tive oportunidade de afirmar em relação ao mecanismo da imputação, a qualificação dos sucessores constitui uma matéria que não depende unicamente da vontade do autor da sucessão, mas dos critérios objetivos fixados na lei. Este último apenas pode decidir se pretende atribuir uma quota, ou bens determinados. O que não está autorizado a fazer é atribuir bens determinados como quotas, ou quotas compostas por bens determinados. Resta-lhe apenas recorrer a um legado particular: que é o legado particional, que identificámos no legado por conta da quota.

Recensão

“LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES” DE ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO, REUS, MADRID, 2019

Paula Távora Vitor

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigadora do IJ / UCILeR, Univ Coimbra

A obra de Adrián Arrébola Blanco “La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes”, publicada em 2019, pela REUS, na sua coleção “Monografias”, resulta da publicação da sua tese de doutoramento, defendida na Universidade Complutense de Madrid.

É um trabalho que se debruça sobre um tema com grandes implicações práticas — que a vasta jurisprudência que é analisada ao longo da obra testemunha — mas cujos fundamentos teóricos (e sociais) são colocados em causa — a compensação pelo trabalho doméstico.

O autor parte do reconhecimento de que a figura, vertida no artigo 1438 do Código Civil espanhol, da compensação pelo trabalho doméstico foi criada para responder à realidade social do “casamento da dona-de-casa” e que a evolução social deixou de a justificar nos termos tradicionais em que foi entendida. Adrián Arrébola aponta como central na sua obra o questionamento da posição consolidada pelo Tribunal Supremo quanto à natureza jurídica da compensação pelo trabalho doméstico.

Esta tarefa convoca uma análise minuciosa dos pressupostos do regime e de vários institutos do Direito Civil sob o prisma do Direito da Família. Merece particular atenção a inserção da figura no âmbito do regime matrimonial, nomeadamente no regime matrimonial de bens que lhe serve de fundo — o regime de separação de bens.

A análise a que nos referimos não se escusa a uma abordagem na linha temporal — um enquadramento histórico-jurídico, que parte do Direito Romano e percorre os vários períodos até à codificação civil e às suas principais reformas — nem a uma análise do espaço jurídico espanhol, através do estudo das soluções para compensação do trabalho doméstico nos direitos civis autonómicos de Navarra, Aragão, Baleares e Catalunha. De facto, a tónica do diálogo entre ordenamentos, encontra-se no cotejamento das soluções dos ordenamentos jurídicos autonómicos e do direito estatal.

No entanto, apesar de a obra ter um foco predominantemente interno (no direito espanhol) e não optar por uma abordagem comparatística da figura estudada, está presente o diálogo com figuras congêneres de outros ordenamentos jurídicos (europeus e norte-americano, de *civil law* e de *common law*).

O eixo teórico da obra desenvolve-se em torno da análise da doutrina do Tribunal Supremo sobre o artigo 1438 do Código Civil. De facto, face à falta de unanimidade no entendimento da figura por parte dos tribunais que marcou os anos que se seguiram à sua consagração legislativa e que fez com que a compensação pelo trabalho doméstico fosse dirigida ou a potenciar a participação nos adquiridos, ou a indemnizar danos ou ainda a reestabelecer equilíbrios desfeitos pelo enriquecimento sem causa, o Supremo Tribunal veio tomar uma posição

inovadora. Fê-lo, todavia, reconhecendo no exercício do trabalho doméstico um título *de per se* para auferir a compensação, ao arrepio das outras exigências da lei. Daí que a obra de Arrébola Blanco questione os pressupostos do direito e a forma de quantificação que daquela posição decorreram.

O foco do trabalho é apresentar uma tese convincente no sentido de pôr em causa a referida posição da jurisprudência superior (de tónica indemnizatória) e tem como propósito elaborar uma nova proposta de entendimento da figura da compensação pelo trabalho doméstico, através da sua leitura à luz da teoria da restituição e da doutrina do enriquecimento sem causa, traçando as suas implicações.

Os objetivos traçados passam também por um apuramento do regime jurídico da figura, à luz das conclusões adotadas do ponto de vista da sua natureza jurídica, resultado que assenta numa adequada determinação dos problemas que se encontram associados à inserção da compensação pelo trabalho doméstico face a outros institutos e à sua operatividade prática. Daí que a obra tenha avançado para uma abordagem da figura, que passa pela própria análise do que é a contribuição para os encargos da vida familiar, efetuando uma leitura atualista de quem são os obrigados, da forma como se determi-

na o *quantum* ou das próprias modalidades de execução e tratando ainda dos problemas relacionados com o incumprimento. Esta análise é ancilar para a compreensão da compensação do trabalho doméstico segundo a perspectiva de Arrébola Blanco, já que, enveredando pelo prisma do enriquecimento sem causa, o incumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar determinará a medida da compensação.

Assim, Adrián Arrébola propôs-se a encontrar o fundamento e a indagar acerca dos pressupostos do enriquecimento sem causa na figura da compensação pelo trabalho doméstico, e a retirar consequências em termos de regime, nomeadamente tratando das modalidades de pagamento e garantia. Por fim, e tendo em conta que um dos grandes desafios das figuras compensatórias no âmbito matrimonial é traçar os seus limites face a figuras congêneres, o autor confronta a compensação pelo trabalho doméstico com a prestação compensatória, a obrigação de alimentos, a indemnização por nulidade do casamento, a compensação por colaborar nas explorações agrárias, compensação por colaborar em atividades do cônjuge, bem como o crédito de participação nos adquiridos.

ESTATUTO EDITORIAL DA *LEX FAMILIAE*

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO DA FAMÍLIA

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* é uma publicação semestral de carácter académico, pertencente ao Centro de Direito de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, do qual depende a sua orientação e todas as demais responsabilidades internas e externas. O Centro de Direito da Família está integrado, como membro associado no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cujas normas de funcionamento interno a *Lex Familiae* acautela.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* visa aprofundar o estudo científico do direito da família, do direito das crianças e jovens, do direito do envelhecimento e dos adultos com capacidade diminuída, do direito das sucessões e de outros ramos de direito afins, tanto no plano do direito civil mais clássico, como em áreas emergentes ligadas ao direito das pessoas e ao direito social.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* destina-se à comunidade jurídica em geral, procurando desenvolver, em artigos científicos, crónicas legislativas, jurisprudências críticas e algumas recensões, assuntos do interesse de magistrados judiciais e do Ministério Público, advogados, notários e conservadores do Registo Civil, mas também de psicólogos, técnicos de serviço social e outros profissionais que trabalhem no âmbito

das matérias de interesse da publicação, bem como dos académicos e do público em geral que procurem uma informação de qualidade e especializada.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* privilegia no seu conteúdo a informação isenta e rigorosa, com total respeito pela liberdade académica e pela livre expressão da opinião jurídico-científica, publicando textos tanto de autores nacionais, como internacionais, tendo em vista facultar uma perspectiva de direito comparado.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* assume-se como independente de qualquer doutrina ou ideologia, do poder político e autárquico, de partidos ou associações políticas, patronais, sindicais e profissionais, bem como de entidades económicas e financeiras, apenas respondendo perante os órgãos sociais do Centro de Direito Família, do Instituto Jurídico a que pertence e da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* respeita as leis de mercado, salvaguardando sempre, no entanto, nos seus compromissos comerciais, os valores deontológicos que persegue, e o espírito de uma publicação académica.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* participa no debate das grandes questões que se colocam sobretudo à sociedade portu-

sa, no domínio do direito da família, do direito das crianças e jovens, do direito do envelhecimento e dos adultos com capacidade diminuída, do direito das sucessões, bem como das políticas públicas relativas à família e aos elementos que a compõem.

A *Lex Familiae* — *Revista Portuguesa de Direito da Família* considera que a existência de uma mais informada comunidade académica, jurídica e de intervenção, em geral, no domínio destas áreas de interesse permitirá melhorar os critérios e o modo

de intervenção do Estado na família e na esfera de interesses de cada um dos seus elementos com representação social nesta área. É propósito desta publicação contribuir para a actualização sobre os problemas da comunidade, para a discussão pública das ideias e impulsionar a conversão dos desafios das famílias e do direito da família em geral em respostas juridicamente vinculadas, enquanto meios de promoção e protecção dos direitos fundamentais no contexto das relações jurídicas em geral e familiares em particular.