VULNERABILIDADE E A FAMÍLIA: QUE RESPOSTAS NO SÉCULO XXI?

ATAS DO III CONGRESSO IBÉRICO DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

COORDENADORAS :
Helena Mota / Rute Teixeira Pedro

Alfonso Ortega Giménez
Anabela Susana de Sousa Gonçalves
Andrés Domínguez Luelmo
Cristina Dias
Daniel de Bettencourt Rodrigues Morais
Ignacio Gallego Domínguez
Jéssica Marques Ferreira
Lucía del Saz Domínguez
Luiza Fernandes Oliveira Couto
Luiza Tosta Cardoso Franco
Nieves Martínez Rodríguez
Rita Lobo Xavier
Rossana Martingo Cruz
Sofia Ferreira da Costa
Sónia Moreira

GESTLEGAL

VULNERABILIDADE E A FAMÍLIA: QUE RESPOSTAS NO SÉCULO XXI?

VULNERABILIDADE E A FAMÍLIA: QUE RESPOSTAS NO SÉCULO XXI?

ATAS DO III CONGRESSO IBÉRICO DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Coordenadoras:
HELENA MOTA
RUTE TEIXEIRA PEDRO

Autores:
AA. VV.

COLEÇÃO**COLECTIVAS**

Editor:
GESTLEGAL
Av. Fernão de Magalhães, 136, 2.º U-T
3000-171 Coimbra – Portugal
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

Design editorial: José Soler

1.ª edição: setembro 2026
ISBN e-book: 978-989-9319-21-9

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Os direitos de utilização e reprodução da presente obra encontram-se reservados ao seu Autor e ao Editor.

Esta obra não pode ser reproduzida, copiada ou transmitida, por quaisquer meios, nomeadamente eletrónico, mecânico, fotocópia, gravação ou outros, sem prévia autorização expressa dos titulares dos direitos.

É ainda expressamente proibida a utilização, reprodução total ou parcial desta obra, designadamente para fins de prospeção de textos e dados, seja em ferramentas de inteligência artificial ou noutras bases de dados *sui generis*, ainda que com o único intuito de integrar ou treinar tecnologias.

Reservados todos os direitos de acordo com a legislação em vigor.

GRUPO GESTLEGAL

VULNERABILIDADE E A FAMÍLIA: QUE RESPOSTAS NO SÉCULO XXI?

ATAS DO III CONGRESSO IBÉRICO
DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES

Coordenadoras:
HELENA MOTA
RUTE TEIXEIRA PEDRO

GESTLEGAL

NOTA INTRODUTÓRIA

A obra que agora se publica surge na sequência da realização, nos dias 14 e 15 de novembro de 2024, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, do III Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões sob o título "Vulnerabilidade e a família: Que respostas no século XXI?", em que participaram académicos portugueses e espanhóis de variadas Universidades dos dois países.

Nesta publicação encontram-se trabalhos de alguns dos oradores que participaram no referido Congresso, tendo-se seguido na sua ordenação um critério alfabético.

O congresso e a presente publicação constituem atividades integradas no Projeto de Investigação "Efeitos económicos da família no século XXI" do Centro de Investigação Jurídica interdisciplinar em Justiça (CIJ) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Aproveita-se o ensejo para dirigir um agradecimento a todos os oradores que participaram no III Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões "Vulnerabilidade e a família: Que respostas no século XXI?" e ademais um agradecimento especial àqueles que contribuíram com o seu trabalho escrito para esta publicação.

As coordenadoras da obra e investigadoras responsáveis pelo projeto de investigação "Efeitos económicos da família no século XXI".

Helena Mota
Rute Teixeira Pedro

A NECESSIDADE DE RESPOSTAS JURÍDICAS PARA PRESERVAR O DIREITO FUNDAMENTAL AO CASAMENTO EM ESPANHA E A QUESTÃO DOS CASAMENTOS DE CONVENIÊNCIA

THE NEED FOR LEGAL RESPONSES TO PRESERVE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO MARRIAGE IN SPAIN AND THE ISSUE OF MARRIAGES OF CONVENIENCE

Alfonso Ortega Giménez *

Resumo: Este artigo aborda a necessidade de estabelecer respostas jurídicas que protejam o direito fundamental ao casamento em Espanha, no contexto dos casamentos de conveniência. Salienta que o casamento é um direito individual e uma manifestação de autonomia pessoal, regulado pela Constituição espanhola e pela legislação nacional. A Instrução de 9 de janeiro de 1995 estabelece um procedimento de verificação do consentimento matrimonial dos contraentes, especialmente dos que têm nacionalidade espanhola e residência no estrangeiro, como forma de controlo preventivo. Além disso, analisa os casamentos de conveniência, que são os celebrados com o objetivo de obter benefícios legais, como a nacionalidade, e aborda as caraterísticas destes casamentos, as provas necessárias para demonstrar a sua existência e as consequências jurídicas que deles podem resultar. Por fim, salienta a importância de um quadro legal que não só garanta o direito ao casamento, mas também previna abusos e proteja a integridade da instituição do casamento num contexto globalizado.

Abstract: This article addresses the need to establish legal responses that protect the fundamental right to marriage in Spain, in the context of marriages of convenience. It emphasises that marriage is an individual right and a manifestation of

* Professor de Direito Internacional Privado.
Miguel Hernández Universidade de Elche, Universidade Miguel Hernández de Elche, s/n, Edifício Quórum III. Parque Científico da UMH. 03202, Elche (Alicante)-Espanha.
Correio eletrónico: alfonso.ortega@umh.es
ORCID: 0000-0002-8313-2070

personal autonomy, regulated by the Spanish Constitution and national legislation. The Instruction of 9 January 1995 establishes a procedure for verifying the matrimonial consent of the contracting parties, especially those with Spanish nationality and living abroad, as a form of preventive control. It also analyses marriages of convenience, which are those entered into with the aim of obtaining legal benefits such as nationality, and discusses the characteristics of these marriages, the evidence needed to prove their existence and the legal consequences that can result from them. Finally, it stresses the importance of a legal framework that not only guarantees the right to marriage, but also prevents abuses and protects the integrity of the institution of marriage in a globalised context.

Palavras-Chave: Casamento; Direito; Conveniência; Consentimento; Nacionalidade; Proteção.

Keywords: Marriage; Law; Convenience; Consent; Nationality; Protection.

Sumário: 1. Introdução; **2.** Principais características do casamento. **2.1.** O Casamento como um direito individual. **2.2.** O casamento e os seus requisitos legais. A) Consentimento. B) Capacidade. C) Formulário. **2.3.** Os casamentos mistos. **2.4.** Os efeitos do casamento, A Lei de estrangeiros e a nacionalidade espanhola; **3.** Casamentos de conveniência". **3.1.** Indícios da existência de um "casamento de conveniência". **3.2.** Consequências da apreciação de um "casamento de conveniência". **3.3.** Formas de luta contra os "casamentos de conveniência"; **4.** Considerações finais; **5.** Biliografia.

1. INTRODUÇÃO

O *ius connubi* ou o direito de contrair matrimónio pode ser designado como um ato de liberdade pessoal de cada pessoa, um direito inerente à autonomia pessoal, que se apresenta como uma manifestação fundamental da autonomia de que todo o ser humano deve gozar. [1] Este direito à privacidade afecta o *ius nubendi* e inclui-o indiretamente porque responde também a um interesse íntimo e privado. A autonomia privada, que tem uma dimensão individual na autorregulação dos interesses prosseguidos pelos contraentes, manifesta-se, fundamentalmente, na escolha do tipo de casamento que o indivíduo deseja celebrar e do local onde pretende realizá-lo (= civil ou religioso e em Espanha ou no estrangeiro). [2] Este limite à vida privada e

1 *Vid*. Fernández Segado, Francisco, *El sistema matrimonial español,* Madrid, Dykinson, 1992, p. 234.

2 O seu artigo 16.º proclama: "Os homens e as mulheres em idade núbil, sem qualquer restrição baseada na raça, na nacionalidade ou na religião, têm o direito de

familiar insere-se no âmbito de aplicação do artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 . A Constituição espanhola reconhece como princípio orientador o direito de contrair matrimónio que assiste a todas as pessoas no n.º 1 do artigo 32.

[3] Tendo em conta este direito privado, a proliferação de casamentos mistos em Espanha tem vindo a aumentar na última década, de acordo com o Instituto Nacional de Estatística em 2020 foram celebrados um total de 15.648 casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era estrangeiro. [4] No ano de 2021, a Direção-Geral dos Registos e do Notariado (a seguir designada por DGRN) analisou mais de 283 processos interpostos por casais que não foram autorizados a registar o seu casamento celebrado no estrangeiro ou que não obtiveram autorização para casar devido a "dados objectivos" que apontam para "a ausência de consentimento conjugal". A análise do último boletim mensal deste organismo revela mais de cinquenta decisões de indeferimento de casos entendidos como "casamentos simulados", cujo objetivo principal é acelerar a aquisição da nacionalidade espanhola, obter uma autorização de residência ou conseguir o reagrupamento familiar. Neste tipo de casamento, o objetivo final de nenhum dos cônjuges é viver em conjunto e construir uma vida em comum. [5] Por conseguinte, é "atrativo" para os estrangeiros "forçarem" este tipo de casamento para poderem usufruir das vantagens acima referidas, o que constitui uma clara forma de fraude às normas sobre estrangeiros e nacionalidade.

[6] A simulação do casamento tem lugar quando às declarações formais dos contraentes, de que pretendem casar entre si, se sobrepõe um acordo privado, por força do qual ambos excluem a causa típica do

contrair casamento e de constituir família, e gozam de direitos iguais em relação ao casamento, durante o casamento e aquando da sua dissolução".

3 De acordo com dados do Instituto Nacional de Estatística, disponíveis em https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

4 Instrução de 22 de dezembro de 2021 da Direção-Geral da Segurança Jurídica e da Confiança Pública.

5 *Vid*. em particular, Arenas García, Rafael, *Alguns problemas relativos ao reconhecimento matrimonial em casos internacionais (casamentos brancos e casamentos acordados em direito internacional privado)*, 2007, pp. 67-89. Disponível em http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf

6 Decreto Real de 24 de julho de 1889, que publica o Código Civil. *Gaceta de Madrid* n.º 206, 25 de julho de 1889.

negócio matrimonial, que consiste no estabelecimento de uma comunidade plena de vida, tendencialmente perpétua, entre duas pessoas, assumindo estas os deveres conjugais estabelecidos nos artigos 67.º e 68.º do Código Civil (doravante, CC). [7] Pela convenção simulada, os contraentes acordam entre si não adquirir a qualidade de cônjuge, pelo que haverá uma divergência consciente entre a vontade real e a vontade declarada perante o ordenador, dando origem a uma falta de consentimento, que determinará a nulidade do casamento nos termos do disposto no artigo 45. [8]

2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CASAMENTO

2.1. O casamento como um direito individual

[9] *O ius comnubi* ou direito ao casamento pode ser referido como um ato de liberdade pessoal, ou como um direito natural, próprio de cada ser humano; é um direito que visa salvaguardar a livre ligação de uma pessoa a outra, com o objetivo de formar uma união estável que se manifeste como uma família legalmente reconhecida.

O exercício deste direito em condições de igualdade e a sua correlação com a família tem sido uma constante nos textos internacionais sobre direitos humanos. [10] Assim, o primeiro texto em que é feita uma referência específica à família é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que estabelece no seu artigo 6.º que: "Toda a pessoa tem o direito de constituir família, elemento fundamental da

---

7 *Vid*. em sentido lato, Ortega Giménez, Alfonso, *"A vueltas con los "matrimonios de conveniencia" en España, comentario de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2019 y 29 de enero de 2020"*, en *Diario La Ley*, Madrid, LA LEY, 2020, pp. 1-23.

8 *V id*. em sentido lato, Ortega Giménez, Alfonso, *Los matrimonios de conveniencia en España*, Madrid, Editorial Sepin, 2018, p. 156.

9 *Vid*. Torres Del Moral, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 1988, p. 251.

10 Adoptada como recomendação pela IX Conferência Interamericana, reunida em Bogotá de 30 de março a 2 de maio de 1948. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi adoptada pela IX Conferência Internacional Interamericana, realizada em Bogotá em 1948, que também previu a criação da Organização dos Estados Americanos.

sociedade, e de receber proteção para a mesma". [11] A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, segue a mesma linha e une expressamente as realidades da família e do casamento, no seu artigo 16.º, que no seu n.º 2 estabelece que: "O casamento só pode ser celebrado com o livre e pleno consentimento dos futuros esposos". O significado dado aos termos livre e pleno consentimento abrange dois aspectos: a liberdade de escolha dos contraentes e o facto de a causa do vínculo matrimonial ser o consentimento.

[12-13] Passando para o nível europeu, o artigo 12.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 prossegue na direção traçada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, indicando de forma mais concisa que: "a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de contrair casamento e de constituir família, de acordo com as leis nacionais que regem o exercício desse direito". [14] O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1976, que indica, no final do n.º 1 do artigo 10.º, que "o casamento é celebrado com o livre consentimento dos cônjuges", é semelhante aos textos anteriores, referindo-se tanto ao casamento como à família. [15] Termos idênticos são utilizados no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos , celebrado em Nova Iorque em 19 de dezembro de 1966, que estabelece no n.º 3 do artigo 23.º que:

---

[11] A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) é um documento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 217 A (III), em 10 de dezembro de 1948, em Paris, que contém nos seus 30 artigos os direitos humanos considerados fundamentais. Devido à falta de consenso internacional na altura sobre a obrigação de proteger e respeitar os direitos humanos, o documento não foi formalizado como um tratado internacional, vinculativo para os Estados signatários, e limitou-se a uma declaração, que foi tomada como um ideal orientador para a humanidade.

[12] Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. *BOE* n.º 243 de 10 de outubro de 1979.

[13] O artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem aborda a intimidade da vida humana. De acordo com este artigo, qualquer pessoa adulta tem o direito de se casar e de constituir família, se assim o desejar. As mulheres e os homens também têm os mesmos direitos, tanto durante o casamento como em caso de divórcio. Além disso, é a única vez neste documento que o dever de proteção do Estado é explicitamente invocado.

[14] Este Pacto foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, através da sua resolução 2200 A, tendo entrado em vigor em 30 de janeiro de 1976.

[15] Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966.

"O casamento não é celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros cônjuges". [16] A nível da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, no seu artigo 9.º, estabelece que: "O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos nos termos das legislações nacionais que regem o exercício desses direitos". A garantia destes direitos está contida no n.º 1 do artigo 52.º do mesmo preceito legal.

[17] Em Espanha, o casamento está regulado no artigo 32.º da Constituição espanhola, concebido como uma instituição jurídica e como um direito constitucional, que estabelece que: "1. A lei regula as formas de casamento, a idade e a capacidade para o contrair, os direitos e deveres dos cônjuges, as causas de separação e dissolução e os seus efeitos". [18] Este preceito remete para o artigo 14.º da CE ao mencionar a igualdade entre homens e mulheres. Assim, o casamento é um direito inerente a todas as pessoas, um direito universal e oponível *erga omnes*, desde que não seja celebrado com fraude à lei. [19] Trata-se de um direito, ou seja, de um acordo em que prevalece a autonomia da vontade, uma vez que ambas as partes dão o seu consentimento para a prossecução do objetivo principal previsto no CC.

2.2. O casamento e os seus requisitos legais

O matrimónio pode ser definido como a união de duas pessoas cujo objetivo, como Lasarte bem assinala, é partilhar a vida e as suas vicissitudes, manifestando ambas o seu consentimento e desejo de união com a outra pessoa. Como assinalam De Verda e Chaparro, o nosso sistema matrimonial "é facultativo", já que os futuros esposos podem

[16] Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *JO* C 364/3 de 18 de dezembro de 2000.

[17] Artigo 32.º do CE: "Os homens e as mulheres têm o direito de contrair casamento em plena igualdade jurídica. A lei regula as formas de casamento, a idade e a capacidade para o contrair, os direitos e deveres dos cônjuges, as causas de separação e dissolução e os seus efeitos".

[18] Artigo 14º da CE "Os espanhóis são iguais perante a lei, sem discriminação alguma em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância de carácter pessoal ou social".

[19] Artigo 45.º do CC "Não há casamento sem consentimento matrimonial. A condição, o termo ou o modo do consentimento consideram-se como não tendo sido dados.

optar por uma união civil ou religiosa, regendo-se neste último caso pelas normas do Direito Canónico.[20] No que diz respeito à sua regulamentação, o artigo 32.2 da Constituição espanhola estabelece que "a lei regulará as formas do matrimónio, a idade e a capacidade para o contrair, os direitos e deveres dos cônjuges, as causas de separação e dissolução e os seus efeitos". [21] Tanto o casamento civil como a união religiosa produzem os mesmos efeitos jurídicos, embora celebrados segundo regras diferentes, mas unidos pelo dever de concomitância dos requisitos de consentimento, capacidade e forma.

[22] do CC, devem estar reunidos três requisitos para a celebração válida do casamento: consentimento, capacidade e forma.

a) **Consentimento**

O consentimento é definido como a criação de um ato jurídica em que as partes expressam o acordo de vontades que as vincula. [23]Sendo o consentimento um dos requisitos mais importantes para que um casamento seja válido, a sua importância está duplamente reflectida no CC, nos artigos 45.º e 73.º, n.º 1, nos quais se estabelece que "não há casamento sem consentimento conjugal". Assim, a exigência do livre e pleno consentimento dos contraentes, como condição primordial para a celebração do casamento, foi consagrada tanto no direito convencional como no nosso direito interno. [24]

---

[20] *Vid*. em sentido lato, De Verda e Beamonte, José Ramón; Chaparro Matamoros, Pedro, "Derecho de Familia", *Derecho Civil IV*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 39-40.

[21] *Vid*. Arenas García, Rafael, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2004, p. 325; e, em sentido amplo, Calvo Caravaca, Alfonso Luis.; Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado, Volumen II*, 16ª edição, Granada, Comares, 2016, pp. 248-335.

[22] Decreto Real de 24 de julho de 1889 que publica o Código Civil. *Gaceta de Madrid*, n.º 206, 25 de julho de 1889.

[23] Artigo 45.º do CC "Não há casamento sem consentimento matrimonial. Considera-se que a condição, o termo ou o modo do consentimento não foi dado".

[24] *Vid*. Acórdão do SAP de Barcelona, 19 de novembro de 2019 e Julgamento do SAP de Barcelona, 29 de janeiro de 2020. Os casamentos de conveniência são casamentos simulados, nos quais aparentemente todas as notas de: consentimento, capacidade e forma coincidem; mas onde não há consentimento real

Neste sentido, o vício de consentimento pode surgir quando ambas as partes manifestam a sua vontade de casar, mas no âmago do conceito não existe um verdadeiro interesse em contrair casamento, mas o que se pretende é formalizar um negócio jurídico para um interesse secundário, como poderia acontecer no caso de um casamento de conveniencia.

b) **Capacidade**

Outro requisito, não menos importante que o do consentimento, é o da capacidade. A capacidade refere-se a quem pode casar e a quem não pode, seja por idade, parentesco ou impedimento criminal, entre outros. A capacidade constitui, assim, o elemento fundamental para determinar quem pode contrair casamento, pois, mesmo que houvesse consentimento, o requisito da forma não poderia ser cumprido, uma vez que o casamento seria impedido por falta de capacidade dos contraentes. O normativo legal, neste sentido, faz uma interpretação negativa da exclusão, identificando e definindo quais as pessoas que não podem contrair casamento por incorrerem em algum dos impedimentos legais tipificados nas normas que o regem.

---

para se casar e formar uma família, mas sim um consentimento defeituoso, ou seja, um consentimento é reproduzido em que os objetivos a serem perseguidos são muito diferentes daqueles produzidos pelo casamento. Isto foi assinalado pelo Tribunal Provincial nas sentenças de 19 de novembro de 2019 e 29 de janeiro de 2020, afirmando que do resultado dos testes efectuados resulta claro que não houve um consentimento real para casar, mas uma simulação deste, de modo que estes casamentos foram celebrados em clara fraude à lei e com o objetivo de beneficiar das consequências legais da instituição do casamento. Ambas as sentenças determinam que para que um casamento seja plenamente válido, qualquer que seja a forma da sua celebração, é necessário que exista um consentimento real, pelo que um casamento celebrado sem consentimento real é nulo, como consequência dos requisitos do casamento e, concretamente, do que se encontra estabelecido no artigo 45.º do Código Civil, que estabelece que "não há casamento sem consentimento matrimonial"; Desta forma, nas sentenças do Tribunal Provincial de 19 de novembro de 2019 e 29 de janeiro de 2020, a veracidade do consentimento é determinada em profundidade e, tendo em conta as provas descritas nas ordens correspondentes a cada caso, é indiscutível que em ambas as sentenças se trata de um "casamento de complacência com uma pessoa estrangeira, pelo que a consequência não pode ser outra senão a declaração de nulidade, negando provimento a ambos os recursos".

[25-26] Em Espanha, de acordo com o artigo 46.º do CC, "não podem casar os menores não emancipados", pelo que se pode deduzir deste artigo que só podem casar os maiores de idade e os emancipados. Continuando com a análise do artigo 46.º do CC na sua segunda secção, este estabelece que "não podem casar os que estiverem ligados por vínculo matrimonial", pelo que o casamento celebrado por um cônjuge com outra pessoa que tenha estado em relação matrimonial com um cônjuge anterior será nulo. Isto não só tornaria o último casamento nulo e sem efeito, mas o simples facto de ter contraído um segundo casamento constituiria o crime de bigamia. [27-28] O parentesco é também uma causa de incapacidade para contrair casamento, pelo que não podem contrair casamento as pessoas que sejam parentes em linha reta por sangue ou adoção e os parentes colaterais por consanguinidade até ao terceiro grau.

c) **Formulário**

O terceiro requisito para a celebração efectiva do casamento é o relativo à forma, que por sua vez implica uma série de requisitos. [29] do CC, qualquer espanhol pode casar dentro ou fora de Espanha, tanto na forma regulada no CC como na forma religiosa legalmente prevista, e pode também casar fora de Espanha de acordo com a forma estabelecida pela lei do lugar da celebração; por conseguinte,

---

[25] Artigo 46.º do CC "Não podem casar: 1. ° Os menores não emancipados. 2.° Os que estão ligados por um vínculo matrimonial).

[26] A questão da transição da idade mínima para o casamento é implementada através do Plano para Crianças e Adolescentes 2013-2016 que prevê, entre outras coisas, o aumento da idade mínima para o casamento de 14 para 16 anos. Aprovado em 5 de abril de 2013, previa, por conseguinte, a correspondente reforma do CC, reforma essa que ainda não teve lugar.

[27] Tal como referido na sentença do Acórdão 512/2009, de 20 de julho de 2009, do Tribunal Provincial de Palma, "o crime de bigamia é de consumação instantânea", o que significa que o crime ocorre no momento em que a pessoa se casa uma segunda vez, sabendo que ainda está vinculada a um casamento anterior que não foi dissolvido por nenhuma das razões previstas para tal.

[28] Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 47.º do CC, "não podem casar os parentes em linha reta, por consanguinidade ou adoção, e os parentes consanguíneos afins até ao terceiro grau".

[29] Artigo 49.º do CC "Qualquer espanhol pode contrair casamento dentro ou fora de Espanha: 1. 2. na forma religiosa prevista na lei. Podem também casar fora de Espanha, segundo a forma estabelecida pela lei do lugar da celebração.

encontramo-nos, à partida, perante uma ampla liberdade de escolha por parte dos contraentes.

2.3. Casamentos mistos

[30] Os casamentos entre dois estrangeiros ou entre um estrangeiro e um nacional (= casamentos mistos) são permitidos pela legislação espanhola, desde que cumpram os requisitos e a forma exigidos para a sua celebração válida, tal como estipulado no artigo 50. São celebrados pelo advogado da administração da justiça, pelo notário ou pelo conservador do registo civil do lugar de residência de um dos contraentes, ou pelo funcionário diplomático ou consular encarregado do registo civil, se residirem no estrangeiro. As duas condições necessárias são que pelo menos um dos estrangeiros esteja domiciliado em território espanhol e que o processo matrimonial seja tramitado como condição prévia à celebração do casamento com o mesmo objetivo de verificar o consentimento e a capacidade dos cônjuges pelo Registo de Estatísticas Vitais. [31] Assim, para que o casamento seja plenamente válido, é necessário que "o Conservador do Registo Civil esteja convencido de que os interessados pretendem realmente constituir família e de que o seu propósito não é simples, em clara fraude à lei", como se refere na Sentença do Tribunal Provincial de Madrid de 20 de janeiro de 2021. [32] A recusa de inscrever um casamento no Registo Civil abriria a reclamação nos tribunais, para que "o órgão judicial competente se pronuncie sobre a validade e eficácia do casamento celebrado e, se for caso disso, concorde com a sua inscrição no Registo Civil espanhol".

2.4. Os efeitos do casamento, a lei dos estrangeiros e a nacionalidade espanhola

A celebração e posterior inscrição no registo civil espanhol de um casamento em que pelo menos uma das partes é estrangeira tem

[30] Artigo 50.º do CC "Se ambos os contraentes forem estrangeiros, o casamento pode ser celebrado em Espanha segundo a forma prescrita para os espanhóis ou segundo a estabelecida pela lei pessoal de qualquer deles".

[31] Sentença do Tribunal Provincial de Madrid, Décima Secção, 20 de janeiro de 2021.

[32] *Vid*. Salvador Gutiérrez, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, (2004), p. 333.

consequências do ponto de vista do direito da imigração, que podem ser resumidas da seguinte forma:

a) O casamento, por si só, não regulariza automaticamente a situação do cônjuge estrangeiro que se encontra em Espanha em situação irregular; ou, no estrangeiro, à espera da regularização da sua situação para poder entrar em Espanha;
b) O casamento, por si só, não é uma circunstância determinante para a concessão de um visto ou de uma autorização de residência (e de trabalho);
c) [33] O casamento permite obter uma autorização de residência em Espanha, uma vez que um estrangeiro que tenha a nacionalidade de um Estado não pertencente à UE ou ao EEE e que seja cônjuge ou parceiro de um cidadão espanhol tem o direito de residir em Espanha, em virtude do artigo 2.º do RD 240/2007;
d) O casamento permite o reagrupamento familiar de nacionais de países terceiros. [34] Com efeito, o cônjuge estrangeiro do cidadão estrangeiro pode ser "reunido", uma vez que o n.º 1 do artigo 39.º do Real Decreto 557/2011 estabelece que "o estrangeiro pode reunir consigo em Espanha os seguintes familiares: a) O seu cônjuge, desde que não esteja separado de facto ou de direito e que o casamento não tenha sido celebrado por meios fraudulentos". [35-36-37] A título de exemplo, destacamos os SSTS de 24 de junho de 2015 e de 23 de julho de 2014, nos quais foi negado o visto de reagrupamento a um

[33] Real Decreto 240/2007, de 16 de fevereiro de 2007, relativo à entrada, livre circulação e residência em Espanha dos cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia e de outros Estados Partes no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. *BOE* n.º 51, de 28 de fevereiro de 2007.

[34] Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprova o Regulamento da Lei Orgânica 4/2000, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social, na sequência da sua reforma pela Lei Orgânica 2/2009. *BOE* n.º 03, de 30 de abril de 2011.

[35] *Vid*. em sentido lato, Ortega Giménez, Alfonso, "Notas *sobre o Regulamento de Estrangeiros: Novo Regulamento de Estrangeiros. Estructura, elementos y proceso de normalización*", en *IURIS Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 92, Madrid, La Ley, 2005, pp. 23-32.

[36] Acórdão do STS, 3ª Secção. Sétima Secção, de 24 de junho de 2015. Rec. 1848/2014. PT: TS: 2015:2828.

dos cônjuges porque os documentos apresentados demonstravam má-fé na celebração do casamento; e

e) [38-39] Desde a última reforma da Lei de Estrangeiros, "contrair casamento, simular uma relação afectiva análoga ou tornar-se representante legal de um menor, quando tal conduta for praticada com fins lucrativos ou com o objetivo de obter indevidamente um direito de residência, desde que tais actos não constituam um crime" é considerado uma infração grave punível pela Lei de Estrangeiros com uma multa de 501 a 10.000 euros.

[40] No que diz respeito à aquisição da nacionalidade espanhola, os artigos 17.º e seguintes do CC prevêem diferentes formas de aquisição da nacionalidade espanhola que permitem a concessão da nacionalidade por residência. Estabelece-se um período geral de dez anos, que pode ser reduzido a cinco — para os que tenham obtido o estatuto de refugiado -, a dois — no caso dos nacionais de países latino-americanos, de Andorra, das Filipinas, da Guiné Equatorial ou de Portugal ou dos nacionais sefarditas — ou ainda, em determinadas condições, pode ser suficiente um único ano de residência — neste sentido, por força do artigo 22.[41] 2.d) do nosso CC , a nacionalidade espanhola

[37] Acórdão do STS, Secção de Assuntos Contencioso-Administrativos, 23 de julho, 3ª Secção, n.º resol. 4453/2014. (ECLI: PT: TS: 2014:3186.

[38] Espanha, Lei Orgânica 2/2009, de 11 de dezembro de 2009, que reforma a Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social. *BOE* n.º 299, de 12 de dezembro de 2009.

[39] N.o 2, alínea c), do artigo 53.o da Lei relativa aos estrangeiros.

[40] Artigo 17º do CC "1. São espanhóis de origem: a) Os nascidos de pai ou mãe espanhóis. b) Os nascidos em Espanha de pais estrangeiros se, pelo menos, um deles também tiver nascido em Espanha. Exceptuam-se os filhos de funcionários diplomáticos ou consulares acreditados em Espanha. c) Os nascidos em Espanha de pais estrangeiros, se ambos não tiverem nacionalidade ou se a legislação de nenhum deles atribuir uma nacionalidade à criança. d) Os nascidos em Espanha cuja filiação não esteja determinada. Para este efeito, presume-se que nasceram em território espanhol os menores cujo primeiro lugar de permanência conhecido seja o território espanhol. 2) A filiação ou o nascimento em Espanha, cuja determinação ocorra depois dos dezoito anos de idade, não é, por si só, causa de aquisição da nacionalidade espanhola. O interessado tem então o direito de optar pela nacionalidade espanhola de origem no prazo de dois anos a contar dessa determinação".

[41] Alínea d) do artigo 22º do CC "que, no momento do pedido, seja casado há um ano com um espanhol e não esteja separado de facto ou de direito".

pode ser adquirida por "qualquer pessoa que, no momento do pedido, esteja casada com um espanhol há um ano e não esteja separada de facto ou de direito". Parece que, para o legislador espanhol, o facto de um estrangeiro ser casado com um espanhol é suficiente para estabelecer laços com o foro espanhol. [42-43] Em todo o caso, deve tratar-se de um vínculo matrimonial efetivo, ou seja, tal como a Instrução da DGRN de 20 de março de 1991, salientava na altura, "o Conservador deve verificar se o casamento do espanhol casado ou viúvo corresponde ou correspondeu a uma situação de coabitação durante o tempo a que se refere a Lei". Embora o nosso CC parta da presunção a favor dos cônjuges que vivem juntos, como assinala García Zúñiga, com base na citada Instrução da DGRN, "a acreditação da coabitação é imposta à pessoa casada com um espanhol", [44-45] uma vez que estabelece que o ónus da prova dessa coabitação recairá sobre o requerente, e que esta é exigida como requisito adicional para a concessão, para além do casamento, não sendo suficiente justificar a coabitação provando o casamento e invocando a presunção legal contida no artigo 69. [46] Na prática, será o Conservador do Registo Civil que investigará a certeza da coabitação efectiva do casamento.

---

42 *Vid*. em sentido lato, Carrascosa González, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", *cit*. pp. 7-34.

43 Instrução de 20 de março de 1991 sobre a nacionalidade. *BOE* n.º 73, de 26 de março de 1991.

44 *Vid*. García Zúñiga, Rocío, "Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley", disponível em https://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=294.

45 Artigo 69.º do CC: "Presume-se, na falta de prova em contrário, que os cônjuges vivem juntos".

46 *Vid*. *Acórdão do* SAP de Burgos, 22 de abril de 2022. Qualquer cidadão espanhol pode casar dentro ou fora de Espanha. O casamento de conveniência é amplamente conhecido como um ato fraudulento constituído como meio de contornar as regras de entrada e residência de nacionais de países terceiros. Quando as autoridades competentes nos termos da legislação nacional verificarem que o casamento é fraudulento, a autorização de residência ou o pedido de inscrição no nosso Registo Civil será retirado, revogado ou não será renovado. Trata-se de uma sentença que responde a um recurso interposto entre as partes, em que o recurso anterior interposto pelos cônjuges é igualmente julgado procedente, a recusa de inscrição do casamento no registo civil é revogada e o casamento é declarado válido. No caso em apreço, temos o Sr. Pablo, de nacionalidade espanhola, e a Sra. Apolina, de nacionalidade colombiana. De acordo com a ordem dos acontecimentos, em 2010 casam-se em território colombiano. Don Pablo vai para a prisão: passa 3 anos no Equador e outros 4 anos em Espanha. Foi libertado a 11 de maio de 2017. Dona Apolina também foi

3. CASAMENTOS DE CONVENIÊNCIA

O objetivo deste tipo de casamento não é propriamente contrair um casamento, nem assumir os direitos e obrigações decorrentes do casamento, mas sim permitir que um estrangeiro aproveite os benefícios do casamento para regularizar a sua estadia no país ou para obter mais facilmente a nacionalidade.

[47] Segundo a Resolução do Conselho de 4 de dezembro de 1997, entende-se por "casamento fraudulento" o casamento de um nacional de um Estado-Membro ou de um nacional de um país terceiro que resida legalmente num Estado-Membro com um nacional de um país terceiro com o único objetivo de contornar as regras de entrada e de residência dos nacionais de países terceiros e de obter, para o nacional de um país terceiro, uma autorização de residência ou uma autorização de residência num Estado-Membro. A este respeito, as autoridades competentes consideram que estes enlaces não visam, de facto, o casamento entre um nacional e um estrangeiro, mas destinam-se, e geralmente a um preço, a permitir que um estrangeiro tire partido das vantagens da aparência do casamento para facilitar a entrada ou a regulamentação no território nacional ou para obter facilmente a nacionalidade da parte contratante. [48] O casamento permite-lhes evitar as regras, os prazos e os procedimentos gerais, que são muito mais lentos e difíceis, para aceder à nacionalidade espanhola, obter uma autorização de residência em Espanha e reagrupar os seus filhos e ascendentes em território espanhol.

---

presa de 2011 a 16 de junho de 2017, mas, no seu caso, no Panamá. Assim que ambos são libertados da prisão, estão a viver juntos há 3 anos. A Sra. Apolina estabelece a sua residência habitual com o Sr. Pablo. O ano de 2019 passa nove anos depois. Tentam novamente registar o casamento colombiano no Registo Civil espanhol e não conseguem. O casal decide processar a Dirección General de los Registros y del Notariado. A resposta à ação judicial é a sentença que vamos analisar e que responde à questão do título. Nestas circunstâncias, o tribunal encarregado da sentença do Tribunal Provincial de Burgos pronuncia-se e aceita a reclamação feita pelos cônjuges contra a Direção Geral dos Registos e do Notariado.

47 Resolução do Conselho de 4 de dezembro de 1997 relativa ao relatório sobre o estado da saúde das mulheres na Comunidade Europeia. *JOCE* nº C394/1 de 30 de dezembro de 1997.

48 *Vid*. Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado*, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales,* Madrid, Ed. Colex, 2004, p. 120.

A principal caraterística que define os "casamentos de conveniência" é a falta de vontade de cumprir os direitos e obrigações inerentes a este instituto jurídico, a que chamamos simulação ou reserva mental devido à ausência de consentimento matrimonial, um dos requisitos essenciais. [49] Embora o tipo de casamento mais frequente seja o casamento misto, ou seja, o casamento entre um parceiro estrangeiro e um espanhol, também é possível que tais casamentos sejam celebrados em fraude à lei quando um dos parceiros está prestes a adquirir a nacionalidade espanhola, o que permite ao outro vir para Espanha. [50] Como refere a sentença do Tribunal Provincial de Barcelona de 16 de julho de 2020 , "o consentimento dos contraentes não foi emitido com o verdadeiro objetivo de criar uma comunidade de vida conjugal, mas para aproveitar as vantagens da aparência do casamento". [51] Neste sentido, os principais objectivos que se pretendem alcançar com estes casamentos são:

— Aquisição acelerada da nacionalidade espanhola: com o único requisito de um ano de residência em Espanha por parte do cônjuge estrangeiro, desde que seja "legal, contínua e imediatamente anterior ao pedido".
— Obtenção de uma autorização de residência em Espanha: um cônjuge estrangeiro nacional de um Estado não pertencente à UE ou ao EEE tem o direito de residir em Espanha, desde que os cônjuges não estejam separados judicialmente, sem que seja necessário que mantenham uma "relação de coabitação estável e permanente".
— Reagrupamento familiar de nacionais de países terceiros: os casamentos de complacência, que são, de facto, casamentos

[49] O crescimento dos chamados "casamentos de conveniência" levou a DGRN a emitir a Instrução de 9 de janeiro de 1995, relativa ao Processo Preliminar de Casamento quando um dos contraentes tem domicílio no estrangeiro. Com esta Instrução, o examinador do processo efectua um interrogatório separado e reservado, a fim de apurar a verdadeira intenção matrimonial ou, se necessário, descobrir eventuais fraudes. Instrução de 9 de janeiro de 1995, da Direção-Geral dos Registos e do Notariado, sobre o processo prévio ao casamento quando um dos contraentes tem domicílio no estrangeiro. *BOE* n.º 21, de 25 de janeiro de 1995.

[50] Acórdão do Tribunal Provincial de Barcelona, Secção 19, Rec. 51/2019, de 16 de julho de 2020.

[51] Instrução da DGRN de 31 de janeiro de 2006.

simulados entre estrangeiros e espanhóis ou entre estrangeiros, visam, para além dos dois benefícios anteriormente mencionados, reagrupar a família nuclear do estrangeiro.

De acordo com as disposições da DGRN e da Procuradoria-Geral da República, presumem-se "casamentos de conveniência" os seguintes:

a) Os casamentos celebrados em Espanha entre nacionais de Estados-Membros da UE e nacionais de países terceiros em situação irregular;
b) Os casamentos celebrados em Espanha entre nacionais de países terceiros, quando uma das partes contratantes se encontra legalmente no país e a outra parte se encontra em situação irregular; e
c) Casamentos celebrados num país estrangeiro, em conformidade com a lei do local da celebração, quando uma das partes é espanhola e a outra é nacional de um país terceiro não pertencente à UE.

[52] Assim, os "casamentos de conveniência" são aqueles cujo objetivo não é fundar uma família, mas beneficiar das consequências jurídicas da instituição.

3.1. Indícios da existência de um "casamento de conveniência"

A dificuldade probatória dos "casamentos de conveniência" tem sido analisada pela doutrina e pela jurisprudência, que estabeleceram

[52] *Vid*. Acórdão do SAP de Barcelona, 11 de janeiro de 2023. O conceito designado como "casamento de conveniência" é aquele em que o propósito fundamental da sua celebração é alcançar um benefício legal, económico ou social, ou seja, qualquer outro propósito que não seja o da união familiar, simulando uma falsa ligação, que por sua vez acarreta uma série de consequências legais. Podemos tomar como marco jurisprudencial a sentença do Tribunal Provincial de Barcelona, datada de 11 de janeiro de 2023; na qual foi negado provimento ao recurso apresentado pelas partes contra a Direção Geral de Registos e Notariado, na qual foi negada a autorização dos requerentes para contrair casamento; manutenção da decisão recorrida, por falta de consentimento matrimonial efetivo, com base na falta de coerência contida nas discrepâncias das respostas dadas por cada um dos requerentes, chegando à conclusão de que os contraentes não tinham a intenção de contrair um «verdadeiro casamento».

protocolos de atuação no caso de casamentos de estrangeiros ou de nacionais e estrangeiros celebrados em Espanha, tendo o CS reiterado que a prova direta prova de forma concludente o facto, não o sendo a prova indireta ou circunstancial, [53-54-55] como regra geral, por si só, suficiente para provar o fato a ser provado, embora acompanhado por outras indicações, eles permitem formar a convicção judicial sobre a verossimilhança do fato, como afirmado no SSTS de 23 de janeiro e 24 de novembro de 1993 , no mesmo sentido no SSTS de 16 de setembro e 21 de outubro de 1996 e no recente STS de 6 de abril de 2017.

No que diz respeito às indicações nos "casamentos de conveniência", a DGRN emitiu uma série de orientações e regras para os determinar, entre as quais se destacam as seguintes

— [56] Ignorância da situação pessoal e familiar da outra parte, deduzida da audiência separada perante o Registo de Estatísticas Vitais.
— [57] Discrepâncias entre as declarações de ambas as partes, na audiência separada perante o Conservador, sobre factos como

53 *Vid*. Acórdão do STS de 23 de novembro de 1993, 1780/1993.
54 *Vid*. Acórdão do STS de 16 de setembro de 1996.
55 *Vid*. Acórdão do STS de 6 de abril de 2017.
56 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN de 21 de setembro de 2011, uma mulher de nacionalidade espanhola e um homem de nacionalidade nigeriana, apresentam um documento ao Registo Civil de Múrcia, para dar início ao processo a fim de solicitar autorização para contrair um casamento civil. Uma vez ratificados os requerentes, foram realizadas entrevistas numa audiência privada. O Ministério Público opôs-se à autorização do casamento e o responsável pelo Registo Civil resolveu, através de um despacho, negar a autorização do casamento.
A partir das audiências, pode observar-se que ambas as partes não partilham uma língua comum, uma vez que ambos afirmam que ela apenas fala espanhol e que está a estudar inglês, enquanto ele mal se exprime em espanhol. Por outro lado, é evidente que não conhecem as circunstâncias pessoais importantes um do outro, como o facto de ele não saber a data e o local de nascimento dela, não ter a certeza do primeiro apelido e não saber o segundo apelido. Por seu lado, ela não exprime corretamente o nome ou o apelido do seu parceiro e não sabe o nome do pai e dos irmãos dele.
57 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN de 19 de junho de 1999, na qual se provou que os noivos se conheceram pessoalmente quatro dias antes do casamento e antes disso através de uns amigos dela que vivem em Espanha; antes de se conhecerem pessoalmente já tinham decidido o casamento por telefone; ela não sabia a morada do marido, qual a sua profissão, o local de nascimento,

o dia em que se conheceram, a forma como se conheceram, a sua profissão, a existência de filhos anteriores ao casamento ou outras circunstâncias pessoais e familiares.

— [58] A superficialidade da relação, consequência de se terem conhecido através de um intermediário, ou alguns dias antes da celebração do casamento.

— [59] A impossibilidade de comunicação através de uma língua comum.

— [60] A situação irregular da parte contratante estrangeira.

— [61] A notável diferença de idades.

---

o nome da mãe e os nomes e idades dos irmãos; ele, por seu lado, não sabia o nome da sogra, a morada da mulher e o número de telefone desta.

58 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN de 23 de março de 1996, em que considerou como "casamento de conveniência" o caso dos contraentes que se conheceram por telefone e só se viram três dias antes da celebração do casamento; que um e outro desconheciam dados elementares da vida um do outro; que ela nunca se tinha deslocado a Espanha; que era a primeira vez que ele se deslocava à República Dominicana e que, sem conhecer a interessada, veio com uma certidão de nascimento e um certificado de estado de solteiro, e que nem sequer se lembrava de quando e onde tinha sido celebrado o casamento.

59 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN de 21 de julho de 2011, em que uma mulher de dupla nacionalidade espanhola e colombiana e um homem de nacionalidade japonesa solicitaram ao consulado espanhol em Tóquio autorização para contrair um casamento civil. Na sequência de um relatório desfavorável do Ministério Público, o Conservador recusou a autorização por falta de consentimento para o casamento. Das entrevistas realizadas em audiência privada, conclui-se que o casal não tem uma língua comum, uma vez que ambos reconheceram que apenas falam a língua dos seus países de origem, respetivamente o espanhol e o japonês.

60 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN, de 5 de dezembro de 1996, relativa a um casamento civil entre um cubano e uma espanhola, cuja celebração foi recusada pelo Conservador do Registo Civil, por não existir um verdadeiro consentimento matrimonial, mas sim a intenção do contraente de obter a residência espanhola.

61 Assim, por exemplo, a Resolução da DGRN de 10 de outubro de 2012, através de um documento civil apresentado no Registo Civil de Algeciras, um homem de nacionalidade espanhola e uma mulher de nacionalidade paraguaia, iniciam um pedido de autorização para contrair um casamento civil. Uma vez ratificado pelos interessados, comparece uma testemunha escolhida pelo instrutor, de entre as propostas pelos requerentes, que declara estar plenamente convencida de que o casamento não tem qualquer proibição legal. As entrevistas são efectuadas em audiência fechada. O Ministério Público apresenta um relatório desfavorável sobre as entrevistas e o conservador emite um despacho que recusa a autorização do casamento previsto. Das audições confidenciais resultou um

— [62] As confissões das partes contratantes, que implicam uma confissão da simulação do casamento .

Embora seja verdade que, por vezes, as indicações nos levam a afirmar que estamos perante um "casamento de conveniência", o Registo Civil será a autoridade competente para decidir sobre a celebração ou registo de um casamento. [63]Como assinala a Sentença do Tribunal Provincial de Barcelona de 19 de novembro de 2019, "a falta de prova direta da simulação e da verdadeira vontade oculta das partes significa que a prova presuntiva deve conduzir a um elevado grau de convicção racional porque, dada a presunção geral de boa-fé e a natureza fundamental do *ius nubendi*, a existência de fraude à lei só pode ser avaliada quando for inequivocamente estabelecida pela existência de uma ligação precisa, direta e inequívoca entre os factos básicos demonstrados e o que deve ser deduzido de acordo com as regras do julgamento humano, o que exclui qualquer dúvida razoável".

3.2. Consequências da avaliação do "casamento de conveniência

[64] Entre as consequências de tais vínculos, contam-se as consequências civis, cadastrais e administrativas.

a) No âmbito civil, tal como estabelece o artigo 45.º do CC, que por sua vez cita o artigo 73.º do mesmo diploma legal, segundo o qual: "**é nulo o casamento** celebrado sem o consentimento dos cônjuges", a principal consequência civil deste tipo de casamento celebrado em fraude à lei é a privação da nacionalidade espanhola (= como estabelece o artigo 25.2 do CC "A sentença definitiva que declare que o interessado incorreu

desconhecimento mútuo de informações de carácter pessoal, desconhecendo a parte interessada o nome completo do interessado, a data e o local de nascimento deste, o número de irmãos de ambas as partes e a sua situação, bem como a grande diferença de idade entre ambos, 52 anos.

62 Assim, por exemplo, na Resolução da DGRN de 25 de junho de 1997, afirma-se que o contraente estrangeiro, ao saber que a contraente espanhola era cega, disse ao Conservador do Registo Civil "que era a mesma coisa, mesmo sendo ela idosa, que o que ela queria era sair do seu país".

63 *Vid*. Sentença do Tribunal Provincial de Barcelona, de 19 de novembro de 2019.

64 *Vid*. García Herrera, Vanessa, *Consecuencias de la apreciación de un matrimonio como de conveniencia*, Vlex, 2016, pp. 107-114.

em falsidade, dissimulação ou fraude na aquisição da nacionalidade espanhola produz a nulidade dessa aquisição, embora não tenha efeitos prejudiciais para terceiros de boa fé. A ação de nulidade deve ser intentada pelo Ministério Público, oficiosamente ou mediante queixa, no prazo de quinze anos").

b) As consequências do registo consistem na anulação das inscrições no registo quando o casamento é declarado fraudulento após a sua inscrição no registo civil.

c) [65] No que diz respeito às consequências administrativas, o n.º 2, alínea b), do artigo 53.º da Lei n.º 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social, estabelece como infração grave "contrair matrimónio, simular uma relação afectiva análoga ou quando tal conduta for realizada com fins lucrativos ou com o objetivo de obter indevidamente um direito de residência, desde que tais actos não constituam um crime" e pune esta conduta com uma multa de 501 a 10 000 euros (= n.º 1, alínea b), do artigo 55.

[66-67] No que diz respeito à autorização de residência, o artigo 28.º da lei sobre os estrangeiros estabelece que a revogação da autorização de residência conduz a uma ordem de saída obrigatória do ter-

---

[65] Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social. *BOE* n.º 10, de 12 de janeiro de 2000.

[66] Artigo 28.o Saída de Espanha. 1. a saída do território espanhol pode ser efectuada livremente, exceto nos casos previstos no Código Penal e na presente lei. A saída dos estrangeiros aos quais não se aplique o regime comunitário poderá ser registada pelas autoridades espanholas para efeitos de controlo do seu período de residência legal em Espanha, em conformidade com a Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Carácter Pessoal. 2) A título excecional, o Ministro do Interior pode proibir a saída do território espanhol por razões de segurança nacional ou de saúde pública. O exame e a resolução dos processos de proibição terão sempre um carácter individual. 3) A saída será obrigatória nos seguintes casos: a) Expulsão do território espanhol por ordem judicial, nos casos previstos no Código Penal. b) Expulsão ou regresso acordado por resolução administrativa nos casos previstos na presente Lei. c) Recusa administrativa dos pedidos apresentados pelo estrangeiro para continuar a permanecer em território espanhol, ou falta de autorização para estar em Espanha. d) Cumprimento do prazo em que o trabalhador estrangeiro se tenha comprometido a regressar ao seu país de origem no âmbito de um programa de regresso voluntário.

ritório nacional, uma vez que não existe cobertura legal para a permanência.

3.3. Formas de combater os casamentos de conveniência

[68-69] Para determinar a forma de combater este tipo de casamento, temos de nos referir às instruções da DGRN de 9 de janeiro de 1995 e de 31 de janeiro de 2006 , que incluem medidas *ex ante* e *ex post* para evitar a realização de casamentos fraudulentos ou, uma vez realizados, impedir a sua inscrição no Registo Civil. Assim, as medidas a adotar incluem as seguintes: a) prova de simulação no processo matrimonial antes da autorização do casamento e; b) prova de simulação na inscrição do casamento no Registo Civil espanhol quando o casamento tenha sido celebrado no estrangeiro.

a) A prova da simulação no processo matrimonial antes da autorização do casamento.

[70] A Instrução de 9 de janeiro de 1995 estabelece como requisito para os casamentos celebrados perante uma autoridade espanhola entre um contraente espanhol e um contraente domiciliado no estrangeiro, a realização de um procedimento preliminar para verificar o consentimento matrimonial de ambas as partes. Trata-se, portanto, de um meio de controlo preventivo prévio à celebração do casamento, através do qual se verifica a capacidade matrimonial de ambas as partes, especialmente no que se refere ao consentimento matrimonial de ambas.

Este processo resultará do interrogatório de cada uma das partes contratantes, ou seja, de uma audição pessoal, reservada e separada

---

67 N.º 3 do artigo 28.º da Lei n.º 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social: "A saída será obrigatória nos seguintes casos: c) Recusa administrativa dos pedidos apresentados pelo estrangeiro para continuar a permanecer em território espanhol, ou falta de autorização para estar em Espanha".

68 Instrução de 9 de janeiro de 1995, da Direção-Geral dos Registos e do Notariado, sobre o processo prévio ao casamento quando um dos contraentes tem domicílio no estrangeiro. *BOE* n.º 21, de 25 de janeiro de 1995.

69 Instrução de 31 de janeiro de 2006, da Direção Geral dos Registos e Notariado, sobre casamentos de complacência. *BOE* n.º 41, de 17 de fevereiro de 2006.

70 *BOE* n.º 21, 25 de janeiro de 1995.

de cada uma delas, a fim de descobrir as suas verdadeiras intenções; tal como a instrução estabeleceu "um interrogatório bem orientado que pode revelar a intenção fraudulenta de uma ou de ambas as partes e que deve servir para o Instrutor verificar a verdadeira intenção das partes e a existência de um verdadeiro consentimento matrimonial em ambas".

A importância dada a este procedimento de audição pode ser observada ao longo de todo o inquérito, sublinhando a importância de o interrogatório não ser simples, conciso e banal, ou seja, uma mera formalidade, mas sim completo e preciso, pois é através dele que o investigador decidirá se existe ou não fraude. Algumas das perguntas a fazer para detetar se os contraentes pretendem "constituir família" ou "assumir os direitos e deveres do casamento" são "as intenções dos contraentes de viverem juntos, os filhos que gostariam de ter, a duração da relação, a forma como tencionam organizar a sua vida em comum". No mesmo sentido, a Resolução do Conselho de 4 de dezembro de 1997 relativa às medidas a tomar para combater os casamentos fictícios, que estabelece que os Estados-Membros têm o direito de verificar se um casamento é fictício antes de ser celebrado, sublinha este ponto.

b) Prova de simulação na inscrição do casamento no registo civil espanhol quando o casamento tiver sido celebrado no estrangeiro.

Um dos principais problemas do registo prévio como meio de deteção de casamentos simulados é que este só é necessário quando o casamento é celebrado em Espanha, razão pela qual existem muitos casamentos simulados celebrados no estrangeiro. [71] Por este motivo, a Instrução da DGRN de 31 de janeiro de 2006 estabeleceu um meio de controlo para a inscrição dos casamentos no Registo Civil quando tenham sido celebrados no estrangeiro, omitindo assim a exigência do registo prévio. Recorde-se que a presunção de legalidade e o princípio de concordância com a realidade exigem que os factos inscritos no Registo Civil espanhol sejam válidos e eficazes.

Para tal, o Conservador do Registo Civil deve verificar os requisitos legais, tanto objectivos como subjectivos, exigidos para a

[71] *BOE* n.º 41, de 17 de fevereiro de 2006.

celebração válida do casamento, sempre que existam dúvidas sobre a legalidade do casamento. [72] do Regulamento do Registo Civil , que estabelece que a capacidade das partes e a validade do seu consentimento matrimonial devem ser verificadas perante uma autoridade estrangeira, bem como que o casamento foi celebrado de acordo com a lei espanhola ou estrangeira, conforme o caso. [73] Para efetuar este controlo, o Conservador deve adotar medidas semelhantes às previstas na Instrução de 1995, tal como estabelecido na presente Instrução de 2006 "devem ser adoptadas medidas semelhantes quando se trate de inscrever no Registo Consular ou no Registo Central um casamento já celebrado na forma estrangeira permitida pela *lex loci*". A Instrução refere ainda que "se o casamento for certificado por uma certidão emitida por uma autoridade ou funcionário do país da celebração, exige-se que, através da qualificação deste documento e das declarações complementares adequadas, se chegue à convicção de que não existem dúvidas quanto à realidade do facto e à sua legalidade nos termos da lei espanhola".

As convenções sobre direitos humanos permitem que os Estados prevejam limites e controlos, embora esses limites não devam restringir ou reduzir o direito de tal forma ou a ponto de prejudicar a essência do direito.

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Os chamados "casamentos de conveniência" são uma realidade crescente no nosso país. Trata-se de casamentos cujo único objetivo é facilitar a entrada e a permanência de cidadãos estrangeiros em território espanhol. As instruções dadas pelo Ministério da Justiça aos funcionários dos Registos Civis para detectarem estes "casamentos de conveniência" não passam de medidas de bom senso, que dificilmente garantem a diminuição do número destes "casamentos fraudulentos".

Um casamento de conveniência é um casamento celebrado com o único objetivo de obter determinados benefícios de imigração. Assim,

[72] Decreto de 14 de novembro de 1958 que aprova o Regulamento da Lei do Registo Civil. *BOE* n.º 296, de 11 de dezembro de 1958.

[73] Instrução de 31 de janeiro de 2006, da Direção Geral dos Registos e Notariado, sobre casamentos de complacência. *BOE* n.º 41, de 17 de fevereiro de 2006.

os benefícios que o casamento pode produzir vão desde a obtenção de um cartão de residência para os membros da família até à obtenção de um cartão de residência para os membros da família. Os casamentos de conveniência não são mais do que casamentos fictícios, em que aparentemente estão presentes todas as notas de consentimento, capacidade e forma, mas em que não existe um verdadeiro consentimento para contrair matrimónio e constituir família, mas sim um consentimento viciado, ou seja, é reproduzido um consentimento em que os objectivos a atingir são muito diferentes dos produzidos pelo casamento.

Os tribunais espanhóis não têm ficado indiferentes a este fenómeno. Nos últimos anos, pronunciaram-se repetidas vezes sobre os "casamentos de conveniência", analisando objetivamente as características destes casamentos, os elementos para determinar a sua nulidade, a determinação dos indícios e a falta de consentimento real que frequentemente se verifica nestes casos. Entre as consequências que podem advir da apreciação destes casamentos encontram-se as consequências civis, registrais e administrativas. No plano civil, aplicando as disposições do CC, este tipo de casamento será nulo por ter sido celebrado sem consentimento real. A ação de nulidade deve ser intentada pelo Ministério Público, oficiosamente ou através de queixa, no prazo previsto na regulamentação. As consequências registrais consistem no cancelamento das inscrições no registo quando o casamento for declarado fraudulento após a sua inscrição no Registo Civil.

Em suma, o casamento de conveniência é um fenómeno que não cessa, tanto a nível nacional como a nível europeu, que nos últimos anos tem vindo a aumentar progressivamente, tanto a nível nacional como nos principais países de acolhimento de imigrantes, razão pela qual, dada a facilidade de contrair um casamento, tem levado a um aumento de casamentos com o único objetivo de obter, por parte do estrangeiro, benefícios ao nível das leis de estrangeiros. Por conseguinte, o casamento de conveniência é um casamento celebrado com o único objetivo de obter determinados benefícios em relação aos estrangeiros. Assim, os benefícios que o casamento pode proporcionar vão desde a obtenção de um cartão de residência como membro da família de um membro da União Europeia até à possibilidade de requerer a aquisição da nacionalidade espanhola no prazo de um ano após o casamento.

5. BIBLIOGRAFIA

Arenas García, Rafael, "Alguns problemas relativos ao reconhecimento matrimonial em casos internacionais (casamentos brancos e casamentos acordados em direito internacional privado)", (2007), pp. 67-89.

Arenas García, Rafael, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2004, p. 325.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado, Volume II*, 16ª edição, Granada, Comares, 2016, pp. 248-335.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado*, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales,* Madrid, Colex, 2004, p. 120.

De Verda e Beamonte, José Ramón; Chaparro Matamoros, Pedro, "Direito da Família*", Direito Civil IV*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 39-40.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema matrimonial español,* Madrid, Dykinson, 1992.

García Herrera, Vanessa, *Consecuencias de la apreciación de un matrimonio como de conveniencia*, Vlex, 2016, pp. 107-114.

García Zúñiga, Rocío, "Los Matrimonios de conveniencia como fraude de ley", disponível em https://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=294.

Ortega Giménez, Alfonso, "A vueltas con los "matrimonios de conveniencia" en España, comentario de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2019 y 29 de enero de 2020", en *Diario La Ley*, Madrid, La Ley, 2020, pp. 1-23.

Ortega Giménez, Alfonso, *Los matrimonios de conveniencia en España*, Madrid, Editorial Sepin, 2018, p. 156.

Ortega Giménez, Alfonso, "Notas *sobre o Regulamento de Estrangeiros: Novo Regulamento de Estrangeiros. Estructura, elementos y proceso de normalización*", en *IURIS Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 92, Madrid, La Ley, 2005, pp. 23-32.

Salvador Gutiérrez, Susana, "Registro Civil, inmigración y matrimonio", *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, p. 333.

Torres Del Moral, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 1988.

6. JURISPRUDÊNCIA

Acórdãodo SAP de Barcelona, 19 de novembro de 2019 e Julgamento do SAP de Barcelona,29 de janeiro de 2020.

Acórdão do SAP de Barcelona, 11 dejaneiro de 2023.

Acórdãodo STS, 3ª Secção. Sétima Secção, de 24 de junho de 2015. Rec. 1848/2014. PT:TS: 2015:2828.

Acórdão do STS, Secção de Assuntos Contencioso-Administrativos, 23 dejulho, 3ª Secção, n.º resol. 4453/2014. (ECLI: PT: TS: 2014:3186.Acórdão do SAP de Burgos, 22 de abril de2022.
Acórdão do STS, de 23 denovembro de 1993, 1780/1993.Acórdão do STS de 16 desetembro de 1996.
Acórdão do STS de 6 de abril de 2017.
Acórdãodo Tribunal Provincial de Barcelona, Secção 19, Rec. 51/2019, de 16 de julho de2020.
Sentença do Tribunal Provincial de Barcelona, de 19 de novembro de 2019.

A SUSPENSÃO OU RECUSA DA EXECUÇÃO DE DECISÕES PRIVILEGIADAS DE REGRESSO NO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

SUSPENSION OR REFUSAL TO ENFORCE PRIVILEGED RETURN DECISIONS IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Anabela Susana de Sousa Gonçalves *

Resumo: O *Regulamento 2019/1111 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II *ter*) aplica-se a matérias matrimoniais, a matérias de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças e contém um sistema uniforme de normas de competência internacional e de reconhecimento de decisões judiciais e atos autênticos. Este Regulamento reforçou a livre circulação de decisões e o princípio da confiança em matérias de responsabilidade parental, pois, nestas matérias, onde anteriormente era necessária uma declaração prévia de exequibilidade, a execução passa a ser automática. O Regulamento Bruxelas II *ter* prevê um tipo de decisões em matéria de parental que denomina de decisões privilegiadas e que incluem as decisões que implicam o regresso da criança ao seu país de residência habitual em situações de rapto internacional de crianças. Uma das novidades trazidas pelo Regulamento é a possibilidade de suspensão do processo de execução e recusa da execução deste tipo de decisões privilegiadas, que não existia na versão anterior deste instrumento jurídico. Será este o mecanismo que iremos analisar no âmbito deste breve estudo.

Abstract: Regulation (EU) 2019/1111 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (Brussels IIb) applies to matrimonial matters, matters of parental responsibility and to international child abduction and contains a uniform system of rules on international jurisdiction and the recognition of judgments and authentic instruments. The Brussels IIb Regulation has strengthened the

* Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho, asgoncalves@direito.uminho.pt, ORCID 0000-0001-6140-1711.

free movement of judgements and the principle of trust in matters of parental responsibility, since in these matters, where a prior declaration of enforceability was previously required, enforcement is now automatic. The Brussels IIb Regulation provides for a type of judgement in parental matters that it calls privileged privilege, which includes decisions to return of the child to the country of habitual residence in situations of international child abduction. One of the novelties brought by the Regulation is the possibility of suspending enforcement proceedings and refusing to enforce of this privileged decisions, which did not exist in the previous version of this legal instrument. This is the mechanism that will be analysed in this brief study.

Palavras-Chave: suspensão da execução; recusa de execução; decisões privilegiadas, rapto internacional de crianças; Regulamento Bruxelas II *ter*; Regulamento n.º 2019/1111.

Keywords: suspension of enforcement; refusal of enforcement; privilege decisions, international child abduction; Brussels IIb Regulation; Regulation 2019/1111.

Sumário: 1. O Regulamento Bruxelas II *ter*; **2.** Âmbito material e espacial; **3.** Reconhecimento e execução de decisões em matéria de responsabilidades parentais; **4.** As decisões privilegiadas; **5.** O reconhecimento e execução de decisões privilegiadas; **6.** A suspensão do processo de execução ou a recusa da execução de decisões privilegiadas de regresso no rapto internacional de crianças; **7.** Notas finais.

1. O REGULAMENTO BRUXELAS II *TER* [1]

O *Regulamento 2019/1111 de 25 de junho de 2019 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II *ter*) revogou o Regulamento n.º 2201/2003 de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*), a partir de 1 de agosto de 2022 (art. 105º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas II *ter*).

Aplicando-se a matérias matrimoniais, a matérias de responsabilidade parental e a situações de rapto internacional de crianças, este instrumento legal contém um sistema uniforme de normas de competência internacional e de reconhecimento de decisões judiciais e atos autênticos. A reformulação do Regulamento, teve vários objetivos, sendo o mais importante o reforço do princípio da confiança mútua e

[1] Este artigo segue de perto o nosso *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra, Editora d´Ideias, 2023, que deve ser consultado para uma análise mais desenvolvida.

do princípio do reconhecimento automático de decisões em matérias matrimoniais e de responsabilidades parentais, sendo que, neste último caso, as mudanças verificadas no Regulamento Bruxelas II *ter* tiveram, como interesse subjacente, o princípio do superior interesse da criança. Além da intenção de aumentar a certeza e segurança jurídica na regulamentação dos litígios privados-internacionais e aumentar a eficiência na tutela dos direitos subjetivos, tentou-se afastar os obstáculos que existiam, até então, à livre circulação de decisões [2].

Encontramos esta vontade de aperfeiçoar o sistema que tínhamos no Regulamento Bruxelas II *bis* no Considerando 54 do Regulamento Bruxelas II *ter*: «[a] confiança mútua na administração da justiça na União justifica o princípio de que as decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental proferidas num Estado-Membro deverão ser reconhecidas em todos os Estados-Membros sem necessidade de quaisquer procedimentos de reconhecimento». Assim sendo, se em matéria matrimonial encontrávamos no Regulamento Bruxelas II *bis* um sistema de reconhecimento automático de decisões e atos públicos estrangeiros que provinham dos Estados-Membros, tal não acontecia nas matérias de responsabilidade parental. Nestas matérias, para a execução de uma decisão provinda de outro Estado-Membro era necessária uma declaração prévia de exequibilidade (*exequatur*). Por isso, e como veremos brevemente em seguida, as grandes alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas II *ter* em matéria de reconhecimento e execução verificam-se nas matérias de responsabilidade parental. Todavia, antes de avançarmos, é mister analisarmos brevemente o âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II *ter* em matérias de responsabilidade parental, para podermos situar o leitor.

2. ÂMBITO MATERIAL E ESPACIAL

O Regulamento Bruxelas II *ter* é aplicável se ao divórcio, à separação e à anulação do casamento [art. 1º, n.º 1, al. a)], e às questões cíveis que envolvam a responsabilidade parental, desde a sua atribuição, o seu exercício, delegação, limitação até à cessação [art. 1º,

[2] Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (reformulação)*, COM(2016) 411 final, 30.06.2016, pp. 2-5

n.º 1, al. b)], desde que estejam em contacto com mais do que uma ordem jurídica (Considerando 2).

O art. 1º, n.º 2, elenca algumas questões que integram as matérias de responsabilidade parental. Todavia, o seu conceito está presente no no art. 2º, n.º 2 (7), em que responsabilidade parental é definido, de forma ampla [3], como «o conjunto dos direitos e obrigações relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, conferido a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita». O art. 2º, n.º 2 (9) define o conceito de guarda como abrangendo os direitos e obrigações referentes à criança, incluindo o direito de determinar a sua residência habitual.

As regras de competência internacional, presentes no Regulamento Bruxelas II *ter* são aplicáveis quando atribuírem competência aos tribunais de um Estado-Membro, com exceção da Dinamarca.

Já o sistema de reconhecimento e execução será aplicável às decisões, atos autênticos e acordos proferidas pelos tribunais (em sentido amplo) [4] dos Estados-Membros (art. 30º, n.º 1, art. 34º e art. 65º, n.º 1), dentro do âmbito de aplicação material do Regulamento. As decisões objeto de reconhecimento e execução podem resultar da aplicação das normas de jurisdição do Regulamento, incluindo as suas normas de competência residual (art. 6º e art. 14º do Regulamento Bruxelas II *ter*), que remetem para as normas nacionais de competência dos Estados-Membros [5]. Quanto a esta questão, a regra prevista no Regulamento é a de que uma decisão para ser executada num Estado-Membro deve ter força executória no Estado-Membro de origem (art. 34º, n.º 1 e do art. 45º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas II *ter*).

---

[3] Acórdão do TJUE de 20.11.2007, *C., Pedido de decisão prejudicial: Korkein hallinto-oikeus — Finlândia*, Processo C-435/06, EU:C:2007:714, § 30 e 49; acórdão do TJUE de 19.09.2018, *Hampshire County Council contra C.E. e N.E*, Processos apensos C-325/18 PPU e C-375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739, § 4; acórdão do TJUE de 06.04.2012, *Health Service Executive*, Processo C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, § 59.

[4] De acordo com o art. 2º, n.º 2 (1), tribunal será entendido como «as autoridades que em qualquer Estado-Membro têm competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento».

[5] Neste sentido, Comissão Europeia, *Practice Guide for the application of the Brussels II b Regulation*, Directorate-General for Justice and Consumers, Brussels, European Judicial Network in civil and commercial matters, Publications Office, 2022, p. 154.

3. O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

O Regulamento Bruxelas II *ter* reforçou a livre circulação de decisões e o princípio da confiança em matérias de responsabilidade parental. Nestas matérias, onde anteriormente era necessária uma declaração prévia de exequibilidade, a execução passa a ser automática.

De acordo com o art. 30º, n.º 1, as decisões que provêm de um Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados da União sem necessidade de formalidades específica para o reconhecimento, quer em matéria de separação, divórcio, quer em matéria de responsabilidade parental. Da mesma forma, resulta do art. 34º, n.º 1, que, em matéria de responsabilidade parental, as decisões proferidas num Estado-Membro e aí tenham força executória, também serão executórias noutros Estados-Membros sem necessidade de uma declaração prévia de executoriedade, sendo a sua executoriedade apurada de acordo com o direito do Estado-Membro de origem da mesma. O procedimento de execução de uma decisão proferida noutro Estado-Membro segue os termos processuais previstos no Estado-Membro de execução, devendo ser executada como uma decisão nacional (art. 51.º, n.º 1).

A justificação da abolição do *exequatur* em matérias de responsabilidade parental está prevista no Considerando 58, em que se pode ler que «(…) o objetivo de tornar o contencioso transfronteiriço relativo às crianças menos moroso e dispendioso justifica a supressão da declaração de executoriedade ou do registo para efeitos de execução, consoante aplicável, antes da execução no Estado-Membro de execução para todas as decisões em matéria de responsabilidade parental». Ou seja, subjacente a esta alteração esteve um objetivo de celeridade e poupança de custos na execução das decisões de responsabilidades parentais.

Ainda assim, mantêm-se os motivos de recusa de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental no art. 39º, aplicáveis também à recusa de execução daquelas decisões, por força do art. 41º, ambos do Regulamento Bruxelas II *ter*.

4. AS DECISÕES PRIVILEGIADAS

O Regulamento Bruxelas II *ter* prevê um tipo de decisões em matéria de parental que denomina de decisões privilegiadas e que estão identificadas no art. 42º. Desta norma resulta que estão em causa

decisões que concedam direitos de visita [art. 42º, n.º 1, al. a)] e a decisão sobre o mérito do direito de guarda que signifique o regresso da criança ao seu país de residência habitual em caso de rapto internacional de crianças, nos termos do artigo 29º, n.º 6, desde que tenham sido certificadas no Estado de origem de acordo com o art. 47º [art. 42º, n.º 1, al. a)]. Ora, são estas últimas decisões privilegiadas que implicam o regresso da criança ao seu país de residência habitual em situações de rapto internacional de crianças que nos interessam especificamente no âmbito deste breve estudo.

Estas são decisões tomadas no âmbito de uma situação de retenção ou deslocação ilícitas de crianças, a que o Regulamento se aplica em conjunto com a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia). O regulamento Bruxelas II *ter*, no art. 2º, n.º 2 (11) define as situações de rapto internacional de crianças como aqueles em que se verifique um deslocação ou retenção que «viole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor nos termos do direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e no momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção». Ou seja, para estarmos perante uma situação de rapto internacional de crianças é necessário termos uma deslocação ou retenção que viole um direito de guarda conferido de acordo com a ordem jurídica do país da residência habitual da criança, que no momento da deslocação ou retenção este direito estivesse a ser efetivamente exercido.

O regime referente ao rapto internacional de crianças, previsto no Regulamento, completa o sistema previsto na Convenção de Haia, através de um conjunto normativo que assenta na cooperação entre autoridades centrais e autoridades judiciárias dos vários Estados-Membros e um conjunto de prazos curtos que visam acautelar o regresso da criança ao seu país de residência habitual o mais rapidamente possível (Considerando 40), pois tal é considerado no seu superior interesse.

Apesar de um dos grandes objetivos da Convenção de Haia consistir no regresso célere da criança ao seu país de residência o sistema da Convenção de Haia (art. 1º), as autoridades do Estado do rapto podem decidir pelo não regresso da criança em situações excecionais, nos termos do seu art. 13º. Tal sucederá caso quem pede o regresso da criança não exerça efetivamente o direito de guarda ao tempo da

deslocação ou retenção ilícita ou posteriormente concorde com a transferência da criança para outro país [art. 13º, §1 al. a)]. Poderá suceder também caso fique provado que o regresso coloca a criança numa situação de perigo físico ou psíquico ou a coloca numa situação de risco intolerável [art. 13º, §1 al. b)]. Poderá ainda ocorrer caso a criança, tendo uma certa idade ou grau de maturidade, expresse a sua opinião, opondo-se ao regresso ao seu país de residência habitual (art. 13º, §2) [6].

Sempre que as autoridades do país do rapto tomem uma decisão de não regresso com base no fundamento de que o regresso irá colocar a criança numa situação de perigo físico ou psíquico ou de risco intolerável ou existir oposição da criança ao seu regresso, o art. 29º do Regulamento Bruxelas II *ter* estabelece um procedimento específico, em que o tribunal da residência habitual da criança tem a última palavra. Este procedimento implica que o tribunal da residência habitual da criança tome conhecimento da decisão de regresso da criança (art. 29º, n.os 3 e 5) e aprecie o mérito do direito de guarda.

Nestas circunstâncias, a decisão deste tribunal sobre o mérito do direito de guarda, que implique o regresso da criança ao seu país de residência habitual é executória em qualquer outro Estado-Membro (art. 29º, n.º 6) e implica o regresso imediato da criança. Para o efeito, o tribunal que proferiu esta decisão, a pedido de uma das partes, deve emitir a certidão prevista no art. 47º, n.º 1, al. b), usando o formulário previsto no anexo VI do Regulamento [7].

5. O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE DECISÕES PRIVILEGIADAS

O reconhecimento e execução das decisões privilegiadas, incluindo as decisões de regresso proferidas em situações de rapto internacional de crianças, tem um regime específico.

---

6 Sobre a Convenção de Haia de 1980, v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra, Editora d´Ideias, 2023, pp. 163-183.

7 Para uma explicação mais aprofundada do sistema do Regulamento Bruxelas II ter, em relação ao rapto internacional de crianças, v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra, Editora d´Ideias, 2023, pp. 159-226.

Desde logo, de acordo com o artigo 43º, n.º 1, as decisões privilegiadas serão reconhecidas sem qualquer formalidade específica necessária para o reconhecimento dessa decisão em qualquer outro Estado-Membro ou possibilidade de existir oposição ao seu reconhecimento. Ainda assim, é possível a suspensão total ou parcial da instância em relação a uma decisão privilegiada proferida noutro Estado-Membro, nos termos do art. 44º: caso tenha sido apresentado um pedido relativo à incompatibilidade dessa decisão com uma decisão posterior a que se refere o artigo 50º [art. 44º, al. a)]; ou a pessoa contra a qual a execução é requerida tiver efetuado um pedido para a revogação, nos termos do art. 48º, de uma certidão emitida segundo o art. 47º [art. 44º, al b)].

Estando em causa a execução de uma decisão privilegiada, esta também será uma execução automática, nos termos do art. 45º, n.º 1, onde é estabelecido que as decisões privilegiadas proferidas por um tribunal de um Estado-Membro e que nele tenham força executória devem ser tratadas como se tivessem sido proferidas por um tribunal do Estado de execução, sem necessidade de qualquer declaração de executoriedade. Têm, por isso, uma execução automática. O art. 45º, n.º 2, também esclarece que se a decisão privilegiada for relativa ao direito de visita, os tribunais do Estado de origem podem declarar a decisão executória a título provisório, ainda que existam recursos.

A estas decisões não se aplicam os motivos de recusa de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental no art. 39º. Existe, todavia, fundamento para a recusa de reconhecimento e a execução de decisões privilegiadas. Nos termos do art. 43º, n.º 1 e do art. 50º, o reconhecimento e execução de uma decisão privilegiada pode ser recusada se for incompatível com uma decisão posterior em matéria de responsabilidade parental proferida: no Estado-Membro em que o reconhecimento é requerido [art. 50º, al. a)]; ou no Estado-Membro ou num terceiro Estado da residência habitual da criança, desde que a decisão posterior possa ser reconhecida no Estado-Membro em que o reconhecimento é requerido [art. 50º, al. b)].

Todavia, no Regulamento Bruxelas II *ter*, além destas disposições normativas específicas relativamente às decisões privilegiadas, existe ainda um conjunto de disposições comuns em matéria de execução, que também se aplicam às decisões privilegiadas e que constam do Capítulo IV, secção 3. No âmbito destas é de assinalar o art. 54º, referente especificamente à execução das decisões respeitantes ao exercício do direito de visitas, que não iremos analisar, e o art. 56º que

estabelece a possibilidade de suspensão do processo de execução e recusa da execução.

Ora, é precisamente a possibilidade de suspender o processo de execução ou recusar a execução de decisões privilegiadas que implicam o regresso da criança ao seu país de residência habitual em situações de rapto internacional de crianças, à luz do art. 56º, que é o objeto deste estudo, que passaremos em seguida a analisar.

6. A SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO OU A RECUSA DA EXECUÇÃO DE DECISÕES PRIVILEGIADAS DE REGRESSO NO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

O art. 56º prevê a hipótese de suspensão do processo de execução ou a recusa da execução de decisões no Estado-Membro de execução e é nossa intenção analisar a sua aplicação, e respetivas consequências, às decisões privilegiadas de regresso em situações de rapto internacional de crianças.

Em primeiro lugar, é necessário analisar a *ratio* desta norma, para conseguirmos compreender a sua amplitude e, para o efeito, devemos recorrer ao considerando 67, onde se pode ler: «é importante que as autoridades competentes em matéria de execução ou os tribunais sejam capazes de reagir rapidamente a uma alteração relevante das circunstâncias, nomeadamente a impugnação da decisão no estado-membro de origem, a perda de força executória da decisão e os obstáculos ou situações de emergência que encontrem na fase da execução». Ou seja, há aqui um objetivo de dar um poder discricionário ao tribunal de execução para este poder reagir com celeridade perante uma alteração de circunstâncias.

Aplicando esta ideia às decisões privilegiadas de regresso da criança, isto significa que perante uma decisão de não regresso da criança do tribunal do Estado-Membro do rapto, e apesar de o tribunal da residência habitual da criança ao apreciar o mérito das responsabilidades parentais ter decidido que a criança deve regressar ao seu Estado, ainda assim o tribunal do Estado-Membro do rapto, que tem de executar esta decisão, pode decidir suspender o processo de execução da decisão de regresso ou, em casos mais extremos, recusar a execução.

Este poder acrescido do Estado-Membro do rapto é uma grande alteração face ao regime do Regulamento Bruxelas II *bis*, em que a

GESTLEGAL

palavra final era do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança. No Regulamento Bruxelas II *ter* reequilibra-se a posição do tribunal do Estado-Membro do rapto e do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança, conferindo-se um poder de suspensão ou recusa de execução ao primeiro. Desta forma, ainda que não totalmente, há um aproximar do sistema do Regulamento Bruxelas II *ter* no plano do rapto internacional de crianças ao sistema da Convenção de Haia de 1980. Além disso, verifica-se um atenuar do princípio da confiança e do reconhecimento automático de decisões face ao princípio do superior interesse da criança. Analisemos, ainda que brevemente, a norma.

Nos termos do art. 54º, n.º 1, o tribunal do Estado-Membro de execução suspende a execução da decisão, se no país de origem da mesma a executoriedade da decisão for suspensa. Esta suspensão pode ser feita oficiosamente, a pedido do executado, ou a pedido da criança (se tal puder ser feito nos termos do direito nacional). A possibilidade de a criança fazer o pedido é uma concretização do princípio da participação da criança nos processos que lhe dizem respeito, respeitando-se o estabelecido no direito nacional dos Estados-Membros. Compreende-se que, se no Estado-Membro de origem da decisão a executoriedade da mesma foi suspensa, a execução também o seja por uma questão de compatibilidade entre a decisão e a sua execução. Note-se que o Considerando 69 esclarece que a autoridade de execução não é obrigada a encetar diligências para averiguar da suspensão da executoriedade no Estado-Membro de origem, se não existir qualquer indício nesse sentido.

As mesmas partes referidas podem ainda pedir a suspensão total ou parcial do processo de execução, nos termos do art. 54º, n.º 2, caso: no Estado-Membro de origem tenha sido interposto recurso ordinário [al. a)]; o prazo para interpor recurso ordinário no Estado de origem ainda não tenha decorrido [al. b)]; tenha sido apresentado um pedido de recusa de execução com base no art. 41º, art. 50º, ou 57º [al. c)]; a pessoa contra quem a execução é pedida tenha solicitado a revogação da certidão para a decisão privilegiada, nos termos do art. 48 [al. d)].

As duas primeiras situações têm a ver com o facto de a decisão a executar ainda não ser definitiva e, por isso, estar sujeita a recurso ordinário. Esclarece o art. 56º, n.º 2, que, caso a suspensão tenha sido decidida com base na al. b), o tribunal de execução pode fixar um prazo para a interposição de recurso. Tal justifica-se para que a sorte da decisão não fique indefinida durante um prazo muito longo,

pois não é no superior interesse da criança estar numa situação incerta muito tempo. Quanto mais rapidamente for decidido que a decisão tem força executiva, melhor para a criança que vê a sua situação definitivamente resolvida. O Considerando 68 esclarece que o prazo fixado tem apenas influência sobre a suspensão do processo de execução e não sobre o prazo para interpor recurso no Estado-Membro de origem.

Na terceira hipótese, o art. 41º (motivos de recusa de execução de decisões em matéria de responsabilidades parentais) não se aplica ao rapto internacional de crianças, mas aplica-se o art. 50º, que já referimos *supra* e para cuja explicação remetemos. Também pode dar origem a suspensão ou recusa de execução os fundamentos existentes no direito do Estado-Membro de execução, desde que não sejam incompatíveis com o que está previsto nos arts. 41º, 50º, 56º, nos termos do art. 57º.

Ainda a pedido do executado, da criança (caso seja permitido pelo direito nacional) ou de parte interessada que aja no superior interesse da criança, a execução pode ser suspensa se expuser a criança a grave risco de dano físico ou psicológico devido às circunstâncias que surgiram após a decisão ou outra mudança significativa de circunstâncias, nos termos do art. 56º, n.º 4. Estão em causa situações excecionais e temporárias, que surgiram após a tomada de decisão e que, pela gravidade do impacto que podem ter para a criança e para o seu desenvolvimento, recomenda-se a suspensão da execução da decisão. O Considerando 69 dá como exemplo de uma destas situações a recusa perentória da criança manifestada após a tomada da decisão, cuja execução pode ter implicações físicas ou psicológicas graves para a criança. Todavia, sublinha-se que esta é um poder que é atribuído ao Estado-Membro de execução para ser usado excecionalmente e quando o superior interesse da criança o justifique.

Sendo a circunstância em causa temporária, a execução deve ser retomada quando o risco de danos físicos ou psicológicos cessar, nos termos do art. 54º, n.º 4, *in fine*). Por isso mesmo, o Considerando 69 e o n.º 5, do art. 56º, estabelecem que devem ser tomadas medidas adequadas, de acordo com o direito nacional dos Estados-Membros, para remover os obstáculos à execução, sugerindo-se a assistência de outros profissionais, como assistentes sociais ou pedopsicólogos, tendo em consideração o superior interesse da criança.

Todavia, caso o risco não tenha uma natureza temporária e assuma um caráter duradoiro, mediante pedido, a execução da decisão pode ser recusada pela autoridade competente no Estrado-Membro de

execução, nos termos do art. 56º, n.º 6, o que significa que este Estado-Membro adquire um poder que no regime jurídico do Regulamento Bruxelas II *bis* não tinha. Neste Regulamento, tendo o tribunal da residência habitual da criança decidido pelo seu regresso, de acordo com o art. 11º, n.º 6 e n.º 7, e tendo emitido a certidão prevista no Anexo IV, esta decisão teria força executória imediata em qualquer Estado-Membro e teria que ser imediatamente executada no país do rapto, o que significaria que a criança teria que regressar, sem mais delongas, ao seu país de residência habitual.

O objetivo desta alteração foi dar uma palavra ao tribunal do país de execução em caso de alteração das circunstâncias e, no caso específico do rapto internacional de crianças, pretende-se evitar situações como as ocorridas no caso *Povse* [8]. Neste caso, o TJUE decidiu, para efeitos do Regulamento Bruxelas II *bis* que «a execução de uma decisão homologada não pode ser recusada no Estado-Membro de execução, com fundamento no facto de, devido a uma alteração das circunstâncias ocorrida após ter sido proferida, ser suscetível de prejudicar gravemente o superior interesse da criança. Tal alteração deve ser invocada no tribunal competente do Estado-Membro de origem, ao qual deve ser igualmente submetido um eventual pedido de suspensão da execução da sua decisão» [9].

Ora, no âmbito deste caso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) foi chamado a apreciar este mecanismo de execução automática, prevista no Regulamento Bruxelas II *bis*, face ao art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) que prevê o direito ao respeito pela vida privada e familiar [10]. Este caso, levou o TEDH a confrontar a presunção *Bosphorus* ou presunção de proteção equivalente com o princípio da confiança mútua e reconhecimento automático de decisões.

De acordo com a presunção de proteção equivalente ou presunção *Bosphorus*, presume-se que, quando um Estado-Membro cumpre direito da União Europeia que não deixa margem de apreciação aos Estados-Membros, presume-se que este Estado está a agir de acordo com a CEDH, pois considera-se que a proteção dos direitos

8 Acórdão do TJUE de 01.07.2010, *Doris Povse contra Mauro Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.

9 *Idem, ibidem*, §83.

10 Acórdão do TEDH de 18.06.2013, *Sofia Povse and Doris, Povse v. Austria*, Application n.º 3890/11.

fundamentais pela União Europeia é considerada equivalente à proteção estabelecida na CEDH, não apenas em termos de garantias substantivas, mas também de mecanismos de controlo através do papel fiscalizador desempenhado pelo TJUE [11]. Consequentemente, no caso *Povse*, o TEDH considerou que existia uma presunção de cumprimento da CEDH, na medida em que os tribunais austríacos executaram a decisão do tribunal italiano de acordo com o art. 47º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas II *bis*, sem margem de discricionariedade, aplicando o mecanismo de reconhecimento automático de decisões [12].

Ainda assim, resulta dos argumentos usados pelo TEDH uma tensão entre o princípio do reconhecimento mútuo e a proteção dos direitos humanos [13], que posteriormente é aprofundada no caso *Avotiņš* [14], no sentido de que o sistema de reconhecimento automático, que decorre do princípio da confiança mútua, não pode prevalecer quando existe uma denúncia séria e fundamentada da violação de um direito protegido pela Convenção, não podendo essa denúncia deixar de ser examinada [15].

7. NOTAS FINAIS

Não temos dúvidas que as decisões referidas *supra* estão na base do atual regime do art. 56º, n.ºs 4, 5 e 6, do Regulamento Bruxelas II *ter*, que permite flexibilizar a execução das decisões sobre responsabilidades parentais e a execução das decisões de regresso no âmbito do rapto internacional de crianças, em nome do superior interesse da criança, dando mecanismos ao tribunal de execução para reagir perante situações mais extremas [16].

---

11 Acórdão do TEDH de 30.06.2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application n.º 45036/98, § 155.

12 Acórdão do TEDH de 18.06.2013, *Sofia Povse and Doris, Povse v. Austria*, Application n.º 3890/11, Cit., § 74-80

13 Para mais desenvolvimentos v. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, "The balance between the protection of fundamental rights and the EU principle of mutual trust", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, pp. 111-131.

14 Acórdão do TEDH de 18.06.2013, *Avotiņš v. Latvia*, Application n.º 17502/07.

15 *Idem, ibidem*, § 114.

16 Com a mesma opinião, v. Honorati, Costanza, "La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis: piu'tutela per i minori e piu'efficacia nell'esecuzione

Especificamente no âmbito do rapto internacional de crianças, este mecanismo permite reequilibrar o papel do tribunal do país do rapto e a importância do tribunal do país da residência habitual da criança, aproximando, ainda que não totalmente, o sistema do Regulamento Bruxelas II *ter* do sistema da Convenção de Haia de 1980, em que a decisão final é do tribunal do rapto. Esta alteração, além de responder às advertências do TEDH, giza uma maior proteção dos direitos fundamentais e dos direitos da criança [17].

Obviamente, que são justificados os receios de este mecanismo poder ser usado como um expediente dilatório pelo pai raptor para atrasar o regresso da criança ao seu país de residência habitual, eternizando o conflito [18], pois aquele poderá opor-se à execução de uma decisão privilegiada certificada, aumentando-se o tempo de execução da decisão privilegiada e prejudicando-se o objetivo de regresso célere da criança ao seu país de residência habitual. Sabendo-se o impacto que o decurso do tempo, nestas situações, tem no desenvolvimento da criança e nos laços entre a criança e o pai que dela foi separado, compete ao tribunal do Estado-Membro de execução fazer os possíveis para que este mecanismo não seja mais uma arma de arremesso entre os pais, em prejuízo da criança.

Por esta razão, os pedidos de suspensão e de recusa de execução devem ser decididos de forma expedita, como resulta do art. 60º do Regulamento Bruxelas II *ter*. Em caso de suspensão da execução, as medidas adequadas para apoiar a execução, nos termos do art. 56º, n.º 5, devem ser adotadas o mais brevemente possível e a execução deve prosseguir imediatamente logo que o risco de danos físicos ou psicológico desapareça (art. 56º, n.º 4, *in fine*).

Competirá aos tribunais dos Estados-Membros não permitir que o mecanismo de suspensão do processo de execução ou de recusa de

delle decisioni", *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017 (2), p. 28.

17 Neste sentido, González Marimón, María, "La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor", *CDT*, 2022 (n.º 1), Vol. 14, p. 310.

18 Também com este receio, v. Rodríguez Vázquez, M.A., "La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones", *Anuario Español Derecho Int'l Priv.*, t. XVII, 2017, p. 782; González Beilfuss, Cristina, "What´s New in Regulation (EU) No 2019/1111?", *YPI*, 2020/2021 (22), p. 113.

execução seja usado de forma abusiva e incorreta nas situações de rapto internacional de crianças, evitando que esta seja uma forma de os pais eternizarem o conflito, decidindo rapidamente os pedidos de suspensão e de recusa de execução, no superior interesse da criança, assumindo uma postura de garante dos direitos da criança.

BIBLIOGRAFIA

Comissão Europeia, *Practice Guide for the application of the Brussels II b Regulation*, Directorate-General for Justice and Consumers, Brussels, European Judicial Network in civil and commercial matters, Publications Office, 2022.

Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (reformulação),* COM(2016) 411 final, 30.06.2016, pp. 2-115.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra, Editora d´Ideias, 2023.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, "The balance between the protection of fundamental rights and the EU principle of mutual trust", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, pp. 111-131.

González Beilfuss, Cristina, "What´s New in Regulation (EU) No 2019/1111?", YPI, 2020/2021 (22), pp. 95-116.

González Marimón, María, "La regulación de la sustracción internacional de menores en el reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor", *CDT*, 2022 (n.º 1), Vol. 14, pp. 286-312.

Honorati, Costanza, "La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis: piu'tutela per i minori e piu'efficacia nell'esecuzione delle decisioni", *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017 (2), pp. 247-282.

Rodríguez Vázquez, M.A., "La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones", Anuario Español Derecho Int'l Priv., t. XVII, 2017, pp. 767-784.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do TJUE de 20.11.2007, *C., Pedido de decisão prejudicial: Korkein hallinto-oikeus — Finlândia*, Processo C-435/06, EU:C:2007:714.

Acórdão do TJUE de 01.07.2010, *Doris Povse contra Mauro Alpago*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.

Acórdão do TJUE de 06.04.2012, *Health Service Executive*, Processo C-92/12 PPU, EU:C:2012:255.

Acórdão do TJUE de 19.09.2018, *Hampshire County Council contra C.E. e N.E*, Processos apensos C-325/18 PPU e C-375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739.

Acórdão do TEDH de 30.06.2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim* Şirketi *v. Ireland*, Application n.º 45036/98.
Acórdão do TEDH de 18.06.2013, *Sofia Povse and Doris, Povse v. Austria*, Application n.º 3890/11.

MECANISMOS SUCESORIOS DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO FAMILIAR

SUCCESSION MECHANISMS FOR THE PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE FAMILY ENVIRONMENT

Andrés Domínguez Luelmo *

Resumen: La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha modificado en profundidad el Código civil, para acomodar sus preceptos a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006). El núcleo de la reforma, en lo que el Derecho de Sucesiones se refiere, gira en torno al art. 12 de la Convención, en el sentido de reconocer a estas personas capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida, con pleno respeto a su voluntad y a las preferencias que hayan expresado. Con ello se ha abandonado definitivamente un enfoque paternalista, en el que primaba la protección de las personas con discapacidad, sobre la base de lo que otros entendían que redundaba en su beneficio. No obstante, la nueva Disposición Adicional cuarta del Código civil prevé la aplicación de algunas reglas sucesorias especiales, cuya finalidad directa es la protección de determinadas personas cuando presentan un elevado grado de discapacidad física o sensorial. El presente trabajo está dedicado al estudio de estas situaciones especiales que, en contra de la regla general, tiene por finalidad proteger a las personas con este tipo de discapacidad.

Palabras Clave: Personas con discapacidad; Derecho de Sucesiones

Abstract: Law 8/2021, of June 2, has thoroughly modified the Civil Code, to accommodate its precepts to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, December 13, 2006). The core of the reform, as far as Inheritance Law is

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid. andres.dominguez.luelmo@uva.es. https://orcid.org/0000-0001-8315-6681

concerned, revolves around art. 12 of the Convention, in the sense of recognizing these persons legal capacity on equal terms with others, in all aspects of life, with full respect for their will and the preferences they have expressed. The paternalistic approach according to which the protection of people with disabilities was based on what others understood to be in their benefit, has been definitively abandoned. However, the new Fourth Additional Provision of the Civil Code provides for the application of some special inheritance rules, whose direct purpose is the protection of certain people when they have a high degree of physical or sensory disability. This work is dedicated to the study of these special situations that, contrary to the general rule, aim to protect people with this type of disability.

Key Words: Persons with disabilities, Inheritance Law

Sumario: 1. Planteamiento general **2.** Sustitución fideicomisaria en beneficio de hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad **2.1.** Legítima de los descendientes e imposibilidad de imponer gravámenes sobre la legítima **2.2.** La sustitución fideicomisaria como gravamen sobre la legítima estricta **2.3.** Situación de los fiduciarios **2.4.** Extensión de la sustitución fideicomisaria: mejora y tercio de libre disposición **2.5.** La posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo gravando la legítima **3.** El derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad **3.1.** Atribución voluntaria del derecho de habitación a través de una donación o legado **3.2.** Atribución legal del derecho de habitación **4.** Gastos excluidos de la colación cuando tienen la finalidad de cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad **5.** La negativa a prestar las atenciones debidas a la persona con discapacidad como causa de indignidad sucesoria **6.** Consideraciones finales. Bibliografía. Jurisprudencia.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En España, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto la modificación de numerosas preceptos del Código civil relativos del Derecho de sucesiones. La ratificación por España de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, de derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD) exigía realizar numerosos ajustes en la materia. Ello se ha traducido en un cambio radical en nuestro sistema, en el que predominaba la *sustitución* en la toma de las decisiones que afectaban a las personas con discapacidad. Con la Ley 8/2021 se ha pasado a otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Es la persona la que, como regla general, ha pasado a ser la encargada de tomar

sus propias decisiones [1]. Todo gira en torno a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás [2].

Centrándonos en el Derecho de sucesiones hay que tener muy en cuenta que, al igual que sucede en otros ámbitos, la CDPD no busca la protección de las personas con discapacidad, sobre la base de lo que otros entienden que redunda en su beneficio, sino que pretende el reconocimiento pleno y total de los derechos que asisten a estas personas, atendiendo a su plenitud de ejercicio en igualdad de condiciones que cualquier otro sujeto [3]. Por ello, el art. 12.5 CDPD impone a los Estados partes la necesidad de que adopten «todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser

1 Guilarte Martín-Calero, Cristina, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 234 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019, pp. 17 y ss.; García Rubio, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *AAMN*, núm. 58, 2018, pp. 143 y ss..

2 Es además necesario destacar que el nuevo concepto de «capacidad jurídica» abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Con ello desaparece la vieja distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La STS (1ª) 08.09.2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276) es especialmente clara en este punto. La cuestión se desarrolla en la Observación General n.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que desarrolla el artículo 12 de la Convención. Vid. ampliamente, Barba, Vincenzo, «El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en de Verda y Beamonte, José Ramón (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23 y ss.; López Azcona, Aurora, «Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo — Pérez Gallardo, Leonardo (Dir.) *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 128 y ss.; Torres Costas, María Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, AEBOE, Madrid, 2020, pp. 83 y ss.

3 Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Derecho de Sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídica Europeo, Madrid, 2020, pp. 19, 24 y 32.

propietarias y *heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos…*». Ello implica tomar en consideración la libertad del sujeto para tomar sus propias decisiones, atendiendo igualmente a la valoración de sus deseos y voluntad, en caso de que precise medidas de apoyo. La regla es clara: la persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica, y ésta abarca tanto la titularidad como el ejercicio de sus derechos hereditarios. Dicha regla sólo se podrá matizar cuando otra cosa se derive de las medidas de apoyo adoptadas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 249 CC. Así, por ejemplo, el auto o sentencia de adopción de medidas podrá prever la intervención del curador en estos casos, y el alcance de dicha intervención [4].

No obstante, parece que para el legislador la trascendencia de los actos de naturaleza sucesoria justifican que se recoja una normativa especial, ya sea para evitar una influencia indebida (v.gr. en el momento de hacer testamento) o para introducir determinados mecanismos de protección. Como acertadamente ha puesto de relieve Amunátegui Rodríguez, algunos de los preceptos de naturaleza sucesoria reformados siguen la estela iniciada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Pero seguir esa línea resulta contrario al espíritu de la CDPD, porque tales preceptos lo que buscaban era la protección económica de las personas con discapacidad, con claro olvido y sustracción del aspecto personal y protagonismo del sujeto «protegido». Ello se pone de relieve de manera especial en la letra de los arts. 753, 782 y 808, y 822 del CC [5]. Como se ha destacado, precisamente el art. 12 CDPD alerta con carácter general contra aquellos sistemas y prácticas que excluyen a las personas con discapacidad de la toma de decisiones sobre las cuestiones que les afecten, ya sea en su esfera personal (tratamientos médicos, lugar de residencia), o en su esfera patrimonial (propiedad, herencia, control de asuntos económicos) [6].

---

[4] Domínguez Luelmo, Andrés, «La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho Transitorio», en Llamas Pombo, Eugenio *et al.* (Dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer — La Ley, Madrid, 2021, pp. 369 y ss.

[5] Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Comentario a la modificación de los artículos 663 y 665 CC», en Guilarte Martín-Calero, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 880 y ss.

[6] Guilarte Martín-Calero, *El derecho a la vida familiar…*, cit., p. 16.

El abandono de un enfoque paternalista de las personas con discapacidad es claro, dado que nos movemos en el ámbito de los derechos humanos. No obstante, la propia reforma operada por la Ley 8/2021 contiene algunas disposiciones cuya finalidad es claramente «proteger» a determinadas personas en situación de discapacidad. A estos efectos, vamos a partir del contenido de la nueva Disposición Adicional Cuarta del CC, cuyo tenor literal es el siguiente: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

Como se puede comprobar se trata de medidas de carácter excepcional, que sólo protegen a aquellas personas con un elevado grado de discapacidad, fundamentalmente de carácter físico o sensorial. En concreto, de acuerdo con la Ley 41/2003, tienen la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento [7]. El art. 26 de la Ley 39/2006 clasifica por grados las situaciones de dependencia. La Disposición Adicional 4ª del CC se aplica solo a los Grados II y III. Así, se habla de *Grado II (dependencia severa)*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Y de *Grado III (gran dependencia)*: cuando la persona necesita ayuda para realizar diversas actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el

[7] El grado de discapacidad se acredita mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Con posterioridad a la modificación del CC en 2021, se ha publicado la Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible. En mi opinión estas personas se encuentran comprendidas en la Disposición Adicional 4ª del CC. El art. 3 se refiere al grado de discapacidad de estas personas [8]. Parece claro que, en el caso de pacientes con ELA, lo que concurre es una discapacidad física, no psíquica, pero dado su carácter irreversible, se debe considerar que se encajan en el grado de «dependencia severa» o de «gran dependencia».

De todos los supuestos que se enumeran en la Disposición Adicional 4ª del CC, me voy a ocupar únicamente de los que se refieren a cuestiones de Derecho sucesorio: a) La sustitución fideicomisaria en beneficio de hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad [arts. 782 y 808 CC]. b) La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual [art. 822 CC]. c) La colación de gastos para cubrir necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad [art. 1041 CC]. d) La no prestación de las atenciones debidas a la persona en situación de discapacidad como causa de indignidad para suceder. [art. 756.7º CC].

2. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN BENEFICIO DE HIJOS DEL TESTADOR QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

En el régimen del CC español, los hijos y descendientes constituyen el primer grupo de legitimarios y excluyen como tales a los

[8] Según el art. 3 de esta Ley: «1. Se considerará, a todos los efectos, que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta norma que sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y aquellas que sean pensionistas de clases pasivas y tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. 2. Se considerará también, a todos los efectos, que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley que tengan reconocida la situación de dependencia en cualquiera de sus grados».

ascendientes (art. 807 CC). La cuantía global de la legítima de los descendientes es de dos tercios del haber hereditario (calculado sobre la base del art. 818 CC). El otro tercio se considera de libre disposición, pudiendo ir destinado a personas ajenas al círculo de legitimarios. No obstante, es posible también que el tercio libre se atribuya con completa libertad a alguno o a todos los descendientes. De los dos tercios de legitima (denominada legítima *amplia* o *larga*), el testador puede disponer de uno de ellos en concepto de *mejora* (arts. 808 y 823 CC), con la finalidad de desigualar a sus legitimarios descendientes: sólo hay mejora cuando el tercio de mejora o una parte del mismo se utiliza para atribuir a unos una porción mayor que a otros. La finalidad de la utilización del tercio de mejora es, pues, desigualar a los descendientes. El otro tercio, denominado de legítima *estricta*, tiene que ser objeto de reparto igualitario entre todos los legitimarios (con las salvedades que vamos a analizar en cuanto al contenido del art. 808 CC).

Se aplica a los legitimarios descendientes el principio de proximidad de grado: habiendo hijos, no son legitimarios los nietos. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admiten la posibilidad de mejorar a los nietos en vida de sus padres, bien entendido que los nietos no son legitimarios sino destinatarios de bienes en concepto de mejora [9]. En tales casos, la *legítima estricta* debe ir necesariamente destinada a descendientes que tengan la condición de legitimarios. Con esta salvedad, de los arts. 808 y 823 CC se desprende con claridad que, de los dos tercios de legítima, el testador puede disponer de uno de ellos para aplicarlo como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes. Con ello se consigue un reparto desigual de la legítima global de los descendientes. Así pues, sólo hay mejora cuando el tercio de mejora o una parte del mismo se utiliza para atribuir a unos una porción mayor que a otros. La finalidad de la mejora es desigualar. Por ello no existirá mejora (sino

[9] En la doctrina, Albaladejo García, Manuel, *La mejora*, Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p. 95; Álvarez Moreno, María Teresa, *La mejora a favor del nieto en el Derecho sucesorio*, Edisofer, Madrid, 2003, *passim*. En la jurisprudencia admite claramente la posibilidad de mejorar en los nietos en vida de sus padres la STS (1ª) 28.09.2005 (ECLI:ES:TS:2005:5646). Conviene destacar que ya se había admitido esta posibilidad en la RDGRN 15.06.1898 (*JC* 84, núm. 114, 519 y ss.). Vid. en el mismo sentido con posterioridad, entre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, la SAP de Álava (Secc. 1ª) 15.05.2012 (ECLI:ES:APVI:2012:285).

GESTLEGAL

legítima amplia o larga), aunque se utilice la expresión «mejora» en el testamento, si se reparte igualitariamente entre todos los legitimarios. Cuando los descendientes concurren con el cónyuge viudo, la legítima de éste es del usufructo de un tercio. Y habiendo mejora efectiva, dicho derecho de usufructo recae precisamente sobre el tercio destinado a mejora.

2.1. Legítima de los descendientes e imposibilidad de imponer gravámenes sobre la legítima

El ap. 2º del art. 813 CC dispone que el testador no podrá imponer sobre la legítima «gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808». Esta prohibición de establecer gravámenes sobre la legítima que recoge el art. 813 CC se refiere en principio a la legítima estricta, ya que el ap. 2º del art. 782 CC admite que una sustitución fideicomisaria recaiga sobre el tercio destinado a mejora, siempre que se establezca a favor de los descendentes como fideicomisarios; y el art. 824 CC permite gravar la mejora, siempre que los gravámenes se impongan a favor de los legitimarios o sus descendientes. En caso contrario tales gravámenes no producen efecto y se tienen por no puestos. Los establecidos a favor de los legitimarios o sus descendientes pueden consistir en legados, sustituciones, condiciones, términos, modos, prohibiciones o limitaciones, y se pueden configurar como derechos reales, obligaciones, o incluso como prestaciones personales (v.gr. atender a los hermanos si lo necesitan, o convivir con los ascendientes).

La prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima aparecía ya en la redacción original del ap. 2º del art. 813 CC, pero entonces se excepcionaba únicamente «lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo». La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, añadió como excepción «lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados». Ello obedecía a las modificaciones introducidas en esta ley que afectaban a los arts. 782 y 808 CC y que, en el caso de los descendientes, permitían gravar el tercio de *legítima estricta* con una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los demás legitimarios. Tras las modificaciones de la Ley 8/2021, el art. 813 CC excepciona ahora expresamente «lo establecido en los artículos 782 y 808», igualmente modificados.

El régimen establecido para esta sustitución fideicomisaria por la Ley 41/2003 era escaso y planteaba numerosos interrogantes: si el fiduciario debía estar incapacitado por sentencia, al menos al tiempo de la apertura de la sucesión del testador fideicomitente, o si era suficiente con que existiera la mera declaración del grado de discapacidad prevista en el art. 2.2 de la Ley 41/2003; si bastaba con que el incapacitado fuera descendiente del testador o debía ser efectivamente una de los legitimarios; si el testador podía establecer un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas en favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante), o si ello suponía la posibilidad de dejar vacías de contenido las legítimas estrictas de los demás legitimarios [10].

[10] Cámara Lapuente, Sergio, «Comentario a los artículos 781-786 CC», en Domínguez Luelmo, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 895 y ss.; Díaz Alabart, Silvia, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente: artículo 808 CC, reformado por las Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *RDP*, núm. 88, 2004, pp. 259 y ss.; Albaladejo García, Manuel, «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *ARAJL*, núm. 35, 2005, pp. 37 y ss.; Cabezuelo Arenas, Ana Laura, «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021, pp. 1 y ss.; Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, «El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *RJN,* núm. 53, 2005, pp. 113 y ss.; Martín Meléndez, María Teresa, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* Dykinson, Madrid, 2010, pp. 135 y ss.; Nanclares Valle, Javier, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en Muñoz Fernández, Alberto (Coord.), *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, Civitas — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 121 y ss.; Oliva Blázquez, Francisco, «La sustitución fideicomisaria como instrumento de protección del incapacitado: cuestiones críticas relativas a sus presupuestos objetivos», en Ramos Prieto, Jesús, *et al*., (Coord.) *Derecho y fiscalidad de las sucesiones* mortis causa *en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 188 y ss.; Botello Hermosa, Pedro, *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 95 y ss.; Escribano Tortajada, Patricia, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta en favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea», en Capilla Roncero, Francisco, *et al.* (Dir.), *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*,

2.2. La sustitución fideicomisaria como gravamen sobre la legítima estricta

Las modificaciones que introduce en el CC la Ley 8/2021 aclaran algunos de estos interrogantes, y plantea otros nuevos. De entrada, como ya he destacado, la nueva redacción de la Disposición Adicional 4ª del CC aclara qué se entiende por discapacidad en los arts. 782 y 808 CC, lo que *de facto* supone ampliar el abanico de posibles sujetos beneficiarios de la sustitución. La nueva regulación ha sido tratada con detenimiento por la doctrina desde diversas perspectivas, no siempre coincidentes en cuanto a sus conclusiones [11].

Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 395 y ss.; Moreno Flórez, Rosa María, *El fiduciario favorecido con la sustitución fideicomisaria especial*, Dykinson, Madrid, 2020, *passim*.; Noguera Nebot, Tomás, «Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1822 y ss.

[11] Chaparro Matamoros, Pedro, «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Arrébola Blanco, Adrián (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, vol. II, Reus, Madrid, 2023, pp. 641 y ss.; Ortega Doménech, Jorge, «Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de junio», en Represa Polo, Patricia (Coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*, Reus, Madrid, 2022, pp. 87 y ss.; Planas Ballvé, María, «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: Instrumento de protección al hijo con discapacidad», en *RDC*, núm. 3, 2022, pp. 429 y ss.; Amunátegui Rodríguez, «Comentario a la modificación de los artículos 782, 808 y 813 CC», en Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021*..., cit., pp. 933 y ss.; Cervilla Garzón, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo *et al.* (Dir.), *Un nuevo orden jurídico*..., cit., pp. 691 y ss.; Álvarez Álvarez, Henar, «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel *et al.* (Dir.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 355 y ss.; Rivera Álvarez, Joaquín María, «Funcionabilidad y construcción de la disposición testamentaria de la legítima estricta a favor de la persona con discapacidad», en Espejo (Dir.), *La persona con discapacidad*..., cit., pp. 375 y ss.; Rojano Martín, Nieves, «La incidencia del nuevo artículo 808 CC en el sistema legitimario español y otras novedades tangenciales de la Ley 8/2021», en Espejo (Dir.), *La persona con discapacidad*..., cit., pp. 399 y ss.; Santillán Santa Cruz, Romina, «Dicotomía en la disposición de la legítima estricta a favor de un legitimario en situación de

2.3. Situación de los fiduciarios

Por lo que se refiere a quiénes pueden ser fiduciarios, el art. 782 CC se refiere a los «*hijos de testador* que se encuentren en situación de discapacidad» (la redacción anterior se refería al «*hijo o descendiente* judicialmente incapacitado»). El actual art. 808 CC utiliza la expresión «cuando *alguno o varios de los legitimarios* se encontraren en una situación de discapacidad» (con anterioridad: «cuando alguno de los *hijos o descendientes* haya sido judicialmente incapacitado»). De los referidos cambios de redacción cabe deducir que ahora se exige que el fiduciario sea efectivamente legitimario, sin que se pueda incluir a los nietos en vida se sus padres, terminando con la polémica existente con anterioridad. Sólo cuando los nietos sean legitimarios por derecho de representación podrá ser fiduciarios. En caso contrario, el ascendiente de segundo grado sólo podrá favorecer a su nietos por vía de mejora sin que pueda afectar a las legítimas estrictas de los demás [12].

La nueva regulación de los arts. 782 y 808 CC sigue sin aclarar lo que sucede en el caso de que el fiduciario deje de tener el grado de discapacidad a que se refiere la Disposición adicional 4ª del CC, si bien es un supuesto que difícilmente se dará en la práctica. En tal caso, lo razonable es entender que la sustitución fideicomisaria se extingue, al desaparecer la causa que justificaba el gravamen sobre la legítima. Ello implica reconocer a los legitimarios, hasta entonces fideicomisarios, la posibilidad de recuperar los bienes objeto de fideicomiso en pago en su legítima estricta [13].

Por otro lado, ambos preceptos se refieren a la posibilidad de que existan «uno *o varios* hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad». No queda claro si, en este caso, el testador debe designar o no como fiduciarios a *todos* ellos, para justificar el gravamen que supone sobre la legítima estricta de los demás

discapacidad: ¿mecanismo de protección o medida excesiva?, en Espejo (Dir.), *La persona con discapacidad*..., cit., pp. 409 y ss.; Cuadrado Pérez, Carlos, «Los sujetos en la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad», *RJC*, núm. 119, 2024, pp. 189 y ss.

12 Domínguez Luelmo, «La reforma...», pp. 404 y ss.; Amunátegui Rodríguez, «Comentario a la modificación de los artículos 782, 808 y 813 CC», en Guilarte (Dir.), *Comentarios*..., cit., pp. 939 y ss.

13 Delgado Sáez, Jésica, «La protección de la persona con discapacidad a través del fideicomiso de residuo», en *AJI*, núm. 20 bis, 2024, pp. 435 y ss.

legitimarios sin discapacidad. De considerar que, concurriendo varios hijos en situación de discapacidad, el testador puede elegir sólo a *alguno* de ellos, estaríamos admitiendo la posibilidad de gravar la legítima estricta de los demás hijos con discapacidad.

La doctrina se había venido planteando en estos casos la posibilidad de un llamamiento sucesivo a los varios hijos con discapacidad [14]. La letra del art. 808 CC parece imponer el llamamiento conjunto como fiduciarios a *todos los hijos con discapacidad*, pues se refiere a que «el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta *de los demás legitimarios sin discapacidad*» [15]. De esta manera, se limitan las facultades dispositivas del testador pues la única opción sería la de establecer una sustitución fideicomisaria en beneficio de *todos* los hijos con discapacidad, o la de la imposibilidad de gravar las legítimas de ninguno de sus hijos. Aunque el tenor literal del art. 808 CC no deja margen a otras interpretaciones, creo que hubiera sido preferible permitir que el testador pudiera designar como fiduciarios solo a alguno de sus hijos en situación de discapacidad, y no a todos. Ello supondría gravar la legítima de esos otros hijos con discapacidad, en quienes concurre la misma circunstancia que en sus hermanos fiduciarios. Pero dotaría al precepto de una mayor flexibilidad porque el grado de discapacidad puede ser diferente y, sobre todo, porque la situación patrimonial de unos y otros no tiene por qué ser la misma. El testador podría, por esta vía, proteger de manera especial a algunos de sus hijos con la referida discapacidad.

Cuando son varios los hijos con discapacidad designados como fiduciarios, plantea Amunátegui Rodríguez la posibilidad de aplicar entre ellos el derecho de acrecer [16]. Si tenemos en cuenta la regulación del derecho de acrecer de los arts. 982 y 985 CC, me parece necesario que sea el propio testador el que lo establezca de manera voluntaria. En este sentido, podrían aplicarse unos principios similares a los utilizados para admitir el acrecimiento en la mejora. En definitiva, si el testador designa como fiduciarios a varios hijos con discapacidad, gravando la legítima estricta de los demás legitimarios, está manifestando con claridad su voluntad de que aquellos sean fiduciarios y estos últimos reciban sólo su legítima estricta.

[14] Díaz Alabart, «La sustitución fideicomisaria…», cit. pp. 263 y ss.
[15] Espejo, «El gravamen…», cit., pp. 139 y ss.
[16] Amunátegui Rodríguez, «Comentario a la modificación de los artículos 782 …», cit., p. 941.

Por ello, si queda vacante la porción de alguno de los fiduciarios y concurren los requisitos del acrecimiento (o si, no concurriendo, así lo ha previsto expresamente el testador), aquella acrecerá a los demás.

2.4. Extensión de la sustitución fideicomisaria: mejora y tercio de libre disposición

Los arts. 782 y 808 CC siguen sin resolver uno de los interrogantes que más se ha discutido en la doctrina: si para que el testador pueda ordenar esta sustitución fideicomisaria es necesario que el hijo o hijos que se encuentren en situación de discapacidad sean destinatarios del tercio de mejora y, en su caso, del de libre disposición [17]. El art. 808 CC se refiere a la *posibilidad* de gravar la «legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad», pero no impone necesariamente la necesidad de mejorar a los fiduciarios. En la práctica ello será lo más frecuente si lo que se pretende es beneficiar y proteger a los hijos con discapacidad. Pero el precepto lo único que nos dice es que puede gravarse con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta de los hijos sin discapacidad. Y lo dice porque esta es precisamente la novedad que se ha introducido con la reforma en los arts. 782, 808 y 813 CC.

El hecho de que el artículo se refiera a la «legítima estricta» ni siquiera impone la necesidad de atribuir el tercio íntegro de mejora a los hijos con discapacidad. En realidad, el tercio de mejora constituye una unidad contable que posibilita desigualar a los legitimarios, y constituye el *máximo* de dicha desigualdad. No debe, pues, confundirse tercio de mejora con mejora efectiva. Sólo tendrá la consideración de mejora la parte del tercio utilizada efectivamente para desigualar. El resto tiene la consideración de legítima y debe ser objeto de reparto por igual entre todos los legitimarios descendientes. Teniendo en cuenta que sólo puede utilizarse como máximo un tercio en concepto de mejora, se habla del *tercio de legítima estricta* como la parte absolutamente indisponible de la legitima de los descendientes, que debe ser objeto de reparto igualitario y que, por regla

[17] Pueden verse las diferentes posturas y argumentos en Díaz Alabart, «La sustitución fideicomisaria…», cit. pp. 259 y ss.; Espejo, «El gravamen…», cit., pp. 113 y ss.; Martín Meléndez, *La sustitución fideicomisaria…*, cit., pp. 135 y ss.; Oliva Blázquez, «La sustitución fideicomisaria…», cit., pp. 188 y ss.; Botello Hermosa, *La sustitución…*, cit., pp. 105 y ss.

general, no es susceptible de gravamen (pero que ahora sí lo es, en virtud de los arts. 782 y 808 CC). Pero tienen la consideración de legítima estricta tanto ese tercio, como la parte del tercio de mejora no utilizado como mejora efectiva. De la misma manera, considero que el testador no tiene obligación de atribuir el tercio de libre disposición a sus hijos con discapacidad designados como fiduciarios [18].

2.5. La posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo gravando la legítima

Antes de la Ley 8/2021 era objeto de debate si, con la redacción de los arts. 782 y 808 CC, era o no posible que el testador pudiera crear un fideicomiso de residuo a favor del fiduciario con discapacidad. Aun siendo el fideicomiso de resido una modalidad de la sustitución fideicomisaria [19], se podía considerar postura mayoritaria la que realizaba una interpretación restrictiva, al entender que lo único que debía admitirse era un aplazamiento de las legítimas de los demás hijos, pero no dejarlas vacías de contenido. No obstante, algunos mantuvimos, antes de la reforma, que el art. 808 CC permitía gravar la legítima estricta con un fideicomiso de residuo, permitiendo al fiduciario con capacidad modificada judicialmente la disposición de todos los bienes en caso de necesidad [20]. La Ley 8/2021 ha venido

---

[18] Domínguez Luelmo, Andrés, «Mecanismos sucesorios de protección de menores y de personas en situación de discapacidad», en Sanciñena Asurmendi, Camino *et al*. (Dir.), *La sucesión hereditaria tras la partición. La responsabilidad de los coherederos*, Boch, Barcelona, 2024, pp. 62 y ss. En contra, Amunátegui Rodríguez, «Comentario a la modificación de los artículos 782…», cit., p. 944, considera que, si se trata de beneficiar a las personas con discapacidad mediante una excepción absoluta a los principios que disciplinan las legítimas, cuesta entender que se posibiliten las disposiciones a favor de extraños a costa de los derechos de los legitimarios.
En mi opinión, el art. 808 CC no conduce necesariamente a esa interpretación. El tercio de libre disposición continúa como tal, como nos recuerda el ap. 3.º del mismo art. 808 CC. Seguramente en la práctica el testador no dispondrá del mismo a favor de extraños, pero nada impide que lo haga. Además, mantener la opinión contraria conduciría a admitir la posible impugnación por inoficiosidad de las donaciones a favor de extraños en contra de lo dispuesto en el art. 819 CC.

[19] Vid. ampliamente Botello Hermosa, «Aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término», *RDC*, núm. 2, 2015, pp. 127 y ss.

[20] Torres García, Teodora Felipa — Domínguez Luelmo, Andrés, «La legítima en el Código civil (I) y (II)» en Gete Alonso y Calera, María del

a asumir esta postura al establecer en el art. 808 CC: «En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*».

Si no existe una previsión expresa del testador, el legislador considera que existe fideicomiso de residuo. Sólo la disposición contraria del testador hace que debamos entender que estamos ante una sustitución fideicomisaria ordinaria sin que el fiduciario pueda disponer de los bienes con arreglo al ap. 2.º del art. 783 CC. Pero en ausencia de una previsión de este tipo, el legislador considera que el fiduciario sólo puede disponer de los bienes a título oneroso, pero no a título gratuito (ni *inter vivos*, ni *mortis causa*).

Aparte de lo anterior entiendo que, cuando el legislador utiliza la expresión «salvo disposición contraria del testador», también se está refiriendo a la posibilidad de que éste especifique ante qué tipo de fideicomiso de residuo nos encontramos. En este sentido, creo que la voluntad del testador puede configurar tanto un fideicomiso *de eo quod supererit* («de lo que quede»), en cuyo caso el fideicomisario debe recibir necesariamente *algunos* de los bienes fideicomitidos; como un fideicomiso *si aliquid supererit* («si queda algo»), en el que no habría límites a la facultad de disposición del fiduciario, de manera que el fideicomisario podría llegar a no recibir nada, o lo que quede (sea poco o mucho) si es que no se dispuso de la totalidad de los bienes. Todo dependerá entonces de las facultades dispositivas atribuidas al fiduciario por el testador, y de si éste ha restringido de algún modo los actos de disposición permitidos (por ejemplo, autoriza para disponer *inter vivos* sólo a título oneroso, y no a título gratuito; o autoriza los actos de disposición sólo en caso de necesidad).

Este parece ser el sentido del último apartado del art. 808 CC: «Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que *no concurre causa que la justifique*». Debe identificarse esta expresión con la no concurrencia de causa de necesidad que justifique el acto de disposición por parte del fiduciario. Lo que no procede es admitir la impugnación de la propia sustitución,

CARMEN (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, II, 2.ª ed., Thomson Reuters — Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 378.

salvo que no concurra la situación de discapacidad tal y como viene definida en la Disposición adicional 4ª del CC. Los problemas pueden aparecer en la práctica si el testador no ha delimitado con precisión en qué casos puede el fiduciario disponer de los bienes. Teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída sobre la materia, el art. 808 CC entiende que los actos de disposición de los bienes que puede realizar el fiduciario son exclusivamente los actos *inter vivos* a título oneroso, y que quedan excluidos los actos a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. La misma jurisprudencia exige que las facultades dispositivas del fiduciario se otorguen de manera expresa, y entiende además que son de interpretación restrictiva [21].

3. EL DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL DEL CAUSANTE A FAVOR DE UN LEGITIMARIO QUE SE ENCUENTRE EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Este derecho se introduce por primera vez en el art. 822 CC a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La redacción actual del precepto coincide básicamente con la establecida en la referida ley,

[21] Cfr. SSTS (1ª) 25.10.1954 (ECLI:ES:TS:1954:1071), 21.11.1956 (ECLI:ES:TS:1956:436), 20.10.1962 (ECLI:ES:TS:1962:2484), y 13.03.1989 (ECLI:ES:TS:1989:1864). Desde luego, en la práctica, lo más frecuente es autorizar al fiduciario para disponer a título oneroso *inter vivos* en caso de necesidad, que puede ser apreciada por el propio fiduciario, por un tercero o por el albacea (o por quien preste, en su caso, el apoyo). No obstante, se admite también la autorización para disponer a título oneroso sin acreditar dicha necesidad [STS (1ª) 28.01.2009 (ECLI:ES:TS:2009:266)], o a título gratuito *inter vivos* [STS (1ª) 14.03.2003 (ECLI:ES:TS:2003:1735)], e incluso *mortis causa* [con matizaciones, vid. SSTS (1ª) 13.11.1948 (ECLI:ES:TS:1948:1202), 02.09.1987 (ECLI:ES:TS:1987:8838), 06.02.2002 (ECLI:ES:TS:2002:718), y 22.06.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3902)].
Amunátegui Rodríguez («Comentario a la modificación de los artículos 782…», cit., p. 951), plantea que, al no existir referencia a la situación de necesidad, el último apartado del art. 808 CC puede interpretarse también en sentido de abrir el camino a la impugnación de la propia sustitución cuando el colegitimario con discapacidad tenga un patrimonio independiente propio, o incluso extenderse a los casos en que tenga posibilidad de atender a la satisfacción de sus propias necesidades por su personal situación (capacidad de trabajo, presencia de un patrimonio protegido que se dirija a la satisfacción de sus necesidades, disposiciones testamentarias de otros, ayudas o prestaciones públicas, beneficiario de seguros o planes de pensiones, etc.).

con la única salvedad de que la expresión «legitimario persona con discapacidad», ha sido sustituida tras la Ley 8/2021, por la de «legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad». No obstante, debe recordarse el cambio sustancial que ha supuesto la reforma de 2021 al aplicar el régimen del derecho de habitación exclusivamente a las personas con discapacidad definidas en la Disposición Adicional 4ª del CC.

El precepto regula dos maneras de atribuir este derecho: una voluntaria (a través de una donación o de un legado realizado por el titular de la vivienda habitual), y otra por ministerio de la ley [22].

[22] Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código Civil», en Domínguez Luelmo, Andrés — García Rubio, María Paz (Dir.) *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer — La Ley, 2014, pp. 143 y ss.; y «Comentario a la modificación del artículo 822 CC», en Guilarte Martín-Calero, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*), Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 953 y ss.; Díaz Alabart, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», en Pérez de Vargas, José (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 53 y ss.; Botello Hermosa, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 63 y ss.; Martos Calabrús, María Angustias, «Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado», en Cervilla Garzón, María Dolores *et al.* (Dir.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 297 y ss.; Ragel Sánchez, Luis Felipe, «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en VV.AA. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Universidad de Murcia, 2004, pp. 4017 y ss.; Ramos Maestre, Áurea, «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *RDP*, núm. 1, 2013, pp. 5 y ss.; Sanz Viola, Ana María, «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Act. Civil*, núm. 2, 2009, pp. 1 y ss.; Mingorance Gosálvez, María del Carmen, «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2539 y ss.; Álvarez Martínez, Georgina, «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», *RCDI*, núm. 759, 2015, p. 2933; Donado Vara, Araceli, «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1557; y «Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación», en *AJI*, núm. 19, 2023, pp. 160 y ss.; Flores Rodríguez, Jesús, «El nuevo artículo 822 del Código Civil:

3.1. Atribución voluntaria del derecho de habitación a través de una donación o legado

El titular de la vivienda habitual puede atribuir el derecho de habitación, en vida, a través de una donación, o vía testamentaria, para que tenga efectos a su muerte, por medio de un legado. La donación requiere que sea aceptada por el habitacionista, por sí, o con los apoyos que requiera, según los casos. A efectos sucesorios, en ambos casos es preciso distinguir si, *en el momento del fallecimiento*, el legitimario en situación de discapacidad está o no conviviendo en esa vivienda con el disponente. Así pues, tanto la discapacidad como la convivencia deben existir en el momento de la apertura de la sucesión, aunque tales circunstancias no concurrieran en el momento de realizar la donación o el testamento [23].

Si *hay convivencia*, el valor del derecho de habitación donado no se computa para el cálculo de las legítimas, por lo que estamos ante una excepción al art. 818 CC (la donación no se computa a efectos de una posible inoficiosidad). En caso de legado, el valor del derecho se entrega al legitimario sin imputárselo en su haber (a efectos prácticos es como si el valor del derecho de habitación legado no formara parte del *relictum* para fijar la base de cálculo de la legítima). En definitiva, el art. 822 CC está reconociendo un nuevo derecho al legitimario en situación de discapacidad, que se añade a la legítima ordinaria de éste, y que en consecuencia repercutirá negativamente en la legítima de los demás. Entiendo por ello que a través del art. 822 CC pueden quedar gravadas eventualmente las legítima estrictas del resto de los legitimarios.

---

el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», *RJN*, núm. 54, 2005, pp. 37 y ss.; García Herrera, Vanessa, *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018, *passim*; Noguera Nebot, Tomás, «El legado de Derecho de habitación regulado en el artículo 822 del código civil (reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471 y ss.; Madriñán Vázquez, Marta, «Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: el artículo 822 del Código civil», en Lledó Yagüe, Francisco, *at al.* (Dir.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación del Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1009 y ss.

[23] Robles Ramos, Karin J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 533 y ss.; García Herrera, pp. 117 y ss.; Flores Rodríguez, «El nuevo…», pp. 72 y ss.; Botello Hermosa, *El derecho…*, cit., pp. 107 y ss.

Si *no hay convivencia*, funcionan como cualquier otra donación o legado. Por lo tanto, la donación se computará al igual que todas las demás donaciones (art. 818 CC) y se imputará a la legítima del habitacionista (ap. 1.º del art. 819 CC), pudiendo llegar a ser inoficiosa. El legado se imputará a la legítima del beneficiario, aplicándose la regla del art. 828 CC.

3.2. Atribución legal del derecho de habitación

El mismo derecho de habitación se atribuye por ministerio de la ley al legitimario que se encuentre en la situación descrita, siempre que lo necesite y que estuviera conviviendo en la vivienda con el causante. No obstante, esta atribución legal no tendrá lugar si el testador ha dispuesto otra cosa (v.gr., contemplando una ventaja diferente para el legitimario con discapacidad) o lo ha excluido expresamente. El titular de este derecho no puede impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios en la vivienda mientras lo necesiten. Como la atribución legal de este derecho solo está prevista para el caso de que exista convivencia con el causante, tampoco debe ser tenido en cuenta para al cálculo de las legítimas, en el sentido anteriormente indicado.

Este derecho es aplicable tanto en la sucesión testada como intestada [24], pero exige que concurra el estado de necesidad de la persona con discapacidad [25], de manera que a mi juicio se extinguirá cuando dicha persona ya no lo necesite (frente a quienes consideran que se trata de un derecho vitalicio [26], o que durará al menos mientras subsista la situación de discapacidad) [27]. Por otro lado, el conocimiento y la

[24] Donado Vara, Araceli, «El legado…», cit., p. 1573; Álvarez Martínez, «Reflexiones…», cit., p. 2935; Sanz Viola, «El derecho…», cit., p. 146; Botello Hermosa, *El derecho*…, cit., pp. pp. 65 y ss.

[25] Esta concurrencia de un estado de necesidad por parte del legitimario en situación de discapacidad sólo se exige cuando el derecho de habitación tiene un origen legal, sin que se requiera cuando el derecho se atribuye de forma voluntaria. Así, Díaz Alabart, «El discapacitado…», p. 103; Álvarez Martínez, «Reflexiones…», cit., p. 2042; Botello Hermosa, *El derecho*…, cit., p. 69. En contra, considera que el estado de necesidad debe concurrir también en los supuestos de atribución voluntaria, García Herrera, *El legado*…, cit., pp. 127 y ss.

[26] Botello Hermosa, *El derecho*…, cit., p. 101.

[27] García Herrera, *El legado*…, cit., p. 81; Sanz Viola, «El derecho…», cit., p. 158; Mingorance Gosálvez, «Derecho…», cit., p. 2556.

información sobre la existencia de este derecho de origen legal revisten especial importancia: si el legitimario en situación de discapacidad no lo exige, por desconocerlo, quedará privado del mismo, ya que no quedará reflejado en la escritura de aceptación y partición de herencia [28].

Este derecho de habitación es intransmisible (lo que concuerda con el contenido del art. 525 CC) y no se puede hipotecar (art. 108.3.º LH). Además es compatible con los derechos de atribución preferente que se reconocen al cónyuge casado en régimen de gananciales en los arts. 1406 y 1407 CC, en tanto se refieren a la vivienda habitual. El art. 1406.4.º CC permite la atribución de la propiedad de la vivienda al cónyuge, lo que implicará que deba soportar el gravamen del derecho de habitación del legitimario en situación de discapacidad. Si por la vía del art. 1407 CC, el viudo solicita a su favor la constitución sobre la vivienda de un derecho de uso y habitación, ambos derechos deben coexistir, siendo la situación similar a la que existía en el momento de fallecer el causante, pues en ambos casos se exige el requisito de la convivencia, aunque puede producirse un conflicto de intereses entre ambos titulares [29].

A efectos de estos problemas de convivencia, debe tenerse presente que el cónyuge viudo puede no ser el progenitor del legitimario en situación de discapacidad. Además, el contenido del art. 822 CC no se circunscribe a los legitimarios descendientes, de manera que pueden ser titulares del derecho de habitación los ascendientes cuando sean legitimarios y se encuentren en situación de discapacidad, quienes compartirían el uso de la vivienda con su yerno o nuera (y el cónyuge viudo, con sus suegros).

Finalmente, a efectos registrales debe tenerse en cuenta la doctrina contenida en las RRDGSJFP 03.03.2022 (BOE núm. 71, de 24 marzo, pp. 38163 y ss.) y 12.03.2024 (BOE núm. 80, de 11 abril,

---

[28] Botello Hermosa, Pedro, «La protección notarial del consumidor en la Ley 5/2019: ¿por qué no implementar un mecanismo similar a favor del legitimario con discapacidad respecto al derecho de habitación que puede corresponderle por ley?», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillemo, *et al.* (Coord.), *Un nuevo orden jurídico...*, cit., p. 564.

[29] Gómez López, Marta, «¿Se preserva la protección que brinda el derecho de habitación a favor de la persona en situación de discapacidad ex art. 822 CC, en los casos de colisión con los derechos del cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual?», en Arrébola Blanco, Adrián (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, vol. II, Reus, Madrid, 2023, pp. 765 y ss.; Flores Rodríguez, «El nuevo...», pp. 93 y ss.

pp. 40438 y ss.), en el sentido de que no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre una mitad indivisa de una vivienda, debiendo recaer sobre la totalidad de la misma. Se entiende que al ser consustancial al derecho de habitación la facultad de ocupar (físicamente) su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa [30].

4. GASTOS EXCLUIDOS DE LA COLACIÓN CUANDO TIENEN LA FINALIDAD DE CUBRIR LAS NECESIDADES ESPECIALES DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES REQUERIDAS POR SU SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El art. 1041 CC español establece una regla especial en sede de colación. Conviene advertir que en España y Portugal la colación tiene unos perfiles diferentes y no tiene el mismo funcionamiento.

De entrada, en Portugal sólo tienen obligación de colacionar los descendientes que, en la fecha de la donación, fueran «presuntivos herdeiros legitimarios» del donante (art. 2105 CCP). La obligación de colacionar recae sobre el donatario, si sucede al donante, o sobre sus representantes, aunque no se hayan beneficiado de la donación (art. 2106 CCP), y siempre que no haya tenido lugar una dispensa de la colación por parte del donante (art. 2113 CCP) [31].

En España tienen obligación de colacionar todos los legitimarios (descendientes o ascendientes) que concurran con otros que también lo sean (art. 1037 CC), salvo que haya existido dispensa de colación (art. 1038 CC). El cónyuge viudo debería tener que colacionar ya que, como legitimario, puede concurrir a la sucesión con descendientes o con ascendientes (art. 834 y 837). Parte de la doctrina lo considera excluido de la obligación de colacionar porque su legítima es en usufructo. Tal argumento no es convincente: no tendrá obligación de colacionar si concurre como usufructuario, porque se le reconoce

[30] En este mismo sentido, la RDGRN 5 octubre 2015 (BOE núm. 259, de 29 octubre, pp. 101815 y ss.).

[31] Dias, Cristina Araújo, L*ições de Direito das Sucesões*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2024, pp. 227 y ss.; Barbosa, Paula, «Comentario a los arts. 2104 a 2118», en Dias, Cristina Araújo (Coord.), *Código civil anotado. Livro V. Direito das Sucesões*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 132 y ss.

sin más su derecho a legítima o porque se abre la sucesión intestada, pero sí cuando testamentariamente sea instituido heredero de cuota junto con otros legitimarios [32]. Si, por ejemplo, el testador instituye por partes iguales a sus dos hijos y al cónyuge, no hay razones legales para considerar que sólo deben colacionar los dos hijos y no el cónyuge, instituido conjuntamente con éstos. Si embargo el Tribunal Supremo rechaza esta manera de enfocar las cosas por considerar que la colación solo puede tener lugar entre legitimarios del mismo grupo (descendientes o ascendientes), y el cónyuge viudo forma por sí solo un grupo de legitimaros [33].

En Portugal, cuando hay dispensa de colación, la donación se imputa en la cuota disponible (art. 2114.1º CCP). Si el valor de lo

[32] En Portugal se ha producido un debate similar, al ser el cónyuge viudo heredero legitimario desde la reforma de 1977. Recoge el estado de la cuestión, Barbosa, «Comentario…», cit., pp. 138 y ss.

[33] Según la STS (1ª) 24.05.2023 (ECLI:ES:TS:2023:2376): «La exigencia de que los legitimarios "concurran" a la sucesión (art. 1035 CC) se ha interpretado doctrinalmente en el sentido de que hereden conjuntamente. Es decir, que la colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase, de modo que la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos)… Se discute si el viudo debe colacionar las donaciones recibidas. El CC no se ocupa expresamente de esta cuestión y, aunque hay opiniones minoritarias discrepantes, la doctrina tradicional, que hoy continúa siendo mayoritaria, y que la sala considera preferible mantener, niega que el viudo se vea afectado por la colación. Fundamentalmente porque, aunque el art. 807.3 CC lo califique como "heredero forzoso", en cuanto legitimario es usufructuario, por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos. Pero además, el viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos»
Esta sentencia toma como base la STS (1ª) 25.10.2000 (ECLI:ES:TS:2000:7705), que considera que el cónyuge viudo parece quedar excluido dela obligación de colacionar «tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales». Lo cierto, en mi opinión, es que cuando se instituye heredero al cónyuge junto con los hijos estamos en presencia de iguales, que la colación pretende igualar en la cuenta de la partición.

donado excede de la cuota disponible, el exceso de debe imputar a la legítima del donatario. Y solo cuando excede de ambas cuotas (disponible e indisponible) es necesario proceder a una reducción por inoficiosidad (arts. 2168 y ss. CCP) [34].

Esta es un diferencia importante con el Derecho español, en el que funcionan de manera independiente la colación, por un lado (arts. 1035 y ss. CC), y las reglas sobre computación e imputación de donaciones, por otro (arts. 818 y ss. CC). Recientemente el TS se ha ocupado *in extenso* de aclarar estas operaciones, de manera especial en la STS (1ª) 24.05.2023 (ECLI:ES:TS:2023:2376), y en la más reciente STS (1ª) 07.01.2025 (ECLI:ES:TS:2025:32). Las reglas sobre protección de las legítimas se regulan por completo al margen de la colación. Las donaciones realizadas a un legitimario se imputan a su legítima, y las realizadas a favor de extraños a la parte libre. Al margen de algunas reglas especiales cuando se trata de legitimarios descendientes, el exceso se considera inoficioso. En cambio, la colación solo es una operación dentro de la partición que únicamente se aplica entre los legitimarios que han sido instituidos herederos.

El fundamento de la colación no es la protección de los derechos de los legitimarios, sino procurar que haya una cierta igualdad de lo que han recibido los legitimarios a título gratuito, ya sea en vida del causante, ya sea tras su fallecimiento. De este modo, cuando concurren a la sucesión varios herederos forzosos, se entiende que lo que han recibido gratuitamente del causante cuando vivía les ha sido atribuido como anticipo de lo que por sucesión habían de recibir luego, de manera que cada uno de ellos, al heredar, tiene que contar en su cuota hereditaria, frente a los restantes legitimarios, lo que le dio el causante en vida. La referencia a las donaciones «colacionables» en el art. 818 puede inducir a confusión, porque la colación no sirve para proteger la legítima, sino para igualar a los legitimarios en el momento de hacer la partición de la herencia. Por eso, el que trae a colación una donación, toma de menos en la partición el valor de lo que ya recibió en vida por donación (y los demás coherederos reciben una compensación proporcional). La colación sólo tiene la finalidad de formar la masa partible entre los legitimarios. No hay que traer a colación todas las donaciones, sino sólo las realizadas a los legitimarios, que hayan sido instituidos herederos.

[34] Dias, L*ições*..., cit., p. 229 y nota 283, y p. 233; Barbosa, «Cometario...», cit., pp. 155 y ss.

El art. 818 CC se refiere, en cambio, a la operación de «computación» de donaciones. Aunque en él se utiliza la expresión de «*donaciones colacionables*», en realidad, para hallar la base de cálculo de la legítima se debe sumar (computar) el valor de *todas* las donaciones realizadas en vida por el causante. Aparentemente el art. 818 CC contradice que la suma sea de *todas* las donaciones, y apoya el argumento de que podemos excluir aquellas donaciones que se hicieron con dispensa de colación, o que se declaren por el legislador como no colacionables. Sin embargo, todos los autores están de acuerdo en afirmar que este precepto utiliza impropiamente la expresión «colacionables», pues no se refiere a las que están sujetas a la *colación* en el sentido de los arts. 1035-1050 CC, sino a *todas* las donaciones realizadas en vida por el testador. Cualquier pretensión de mantener en un pleito que, para calcular la legítima, sólo deben sumarse las donaciones colacionables es batalla perdida y está llamada al fracaso. Existe una jurisprudencia reiterada sobre la materia [por su claridad, entre las más recientes, la STS (1ª) 17.09.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2854)].

Que la computación es una operación diferente a la colación se deduce con facilidad de la regulación legal de esta última en los arts. 1036 a 1050 CC. El 1036 CC dispone que «*la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*». Por tanto, si el causante dispensa al heredero forzoso de la colación cesa la obligación de colacionar, *pero ello no impedirá que, fruto de la computación y la imputación, pueda reducirse por inoficiosa.*

La *computación* del CC se refiere, pues, a la suma ficticia del valor de *todas* las donaciones, tanto las realizadas a favor de legitimarios como a favor de extraños. Esta operación puramente contable de sumar al *relictum* líquido el valor del *donatum* sirve para fijar la base de cálculo de la legítima global del grupo de legitimarios de que se trate. Pero para determinar si se ha cumplido con el deber correspondiente respecto de cada uno de los legitimarios, debe procederse a realizar una operación diferente: la *imputación* de lo recibido *inter vivos* o *mortis causa* por cada uno de los legitimarios a su cuota respectiva. Es posible así que no se aprecie ninguna lesión a la legítima global, con arreglo al art. 818 CC, pero que, dentro del colectivo de legitimarios, unos hayan recibido una porción superior en perjuicio de otros, lo que se pondrá de relieve con la imputación de lo recibido por cada uno de ellos a su cuota individual, sea a título de herencia, legado o donación.

A través de la *imputación* se colocan en la parte de legítima o en la parte libre las donaciones, legados e instituciones *ex re certa* realizados por el causante, tanto a favor de legitimarios como de extraños, con el objeto de comprobar si resultan o no inoficiosos, lo que en su caso dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción de reducción. El art. 819 CC recoge las reglas relativas a la imputación de las donaciones realizadas en vida por el causante: a) Las donaciones hechas a *extraños* se imputan a la parte libre. En cuanto excedan de la parte libre, las donaciones realizadas a favor de extraños se pueden reducir por inoficiosas (arts. 636 y 654 CC). b) Las donaciones hechas a favor de *legitimarios* se imputan a su legítima, y el exceso se imputa a la parte libre, si cabe en la misma. En caso contrario son inoficiosas.

Aclarado lo anterior, el art. 1041 CC se refiere a una serie de conceptos que no son propiamente liberalidades, pero que, ante las dudas que se pudieran suscitar (se habla de «gastos»), se declaran excluidas de la colación. Según el ap. 1º de este precepto: «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre» [35].

Se puede afirmar que no estamos propiamente ante liberalidades, sino ante «gastos» que implican el cumplimiento de los deberes derivados de la relación jurídico familiar en sentido amplio, es decir, que responden a obligaciones familiares o al cumplimiento de deberes impuestos por el parentesco. En la medida en que ciertas liberalidades puedan enmarcarse dentro del cumplimiento de determinados deberes de carácter familiar se consideran como no colacionables, porque generalmente se producen respecto de todos los hijos en términos de igualdad. No obstante, el ap. 2.º del art. 1041 CC solo se refiere a los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (en el sentido de la Disposición Adicional 4ª del CC). Tales gastos quedan excluidos del régimen de los arts. 1035 y ss. del CC.

Como se trata de atender «necesidades especiales», nunca se pueden considerar como un gasto extraordinario [36]. No se trata de

[35] Una disposición similar, aunque no idéntica, se contiene en el art. 2210.2º CC portugués. Cfr. Barbosa, «Comentarios…», cit., p. 149.

[36] Domínguez Luelmo, «Mecanismos…», cit., pp. 55 y ss,

gastos para la curación de enfermedades, pues éstos ya están incluidos en el ap. 1.º del art. 1041 CC, sino de gastos para cubrir las necesidades vitales, como la adquisición de vehículos o prótesis adaptados a las necesidades de la persona con discapacidad, o los gastos necesarios para adecuar la vivienda arrendada a las necesidades físicas del inquilino (art. 24 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), o los gastos que puedan ocasionar las obras de adecuación de fincas urbanas ocupadas por personas discapacitadas que impliquen reformas en su interior, si están destinadas a usos distintos del de vivienda, o modificación de elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elementos arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, que se realicen de acuerdo con la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Con carácter general habrá que estar al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, con las modificaciones introducidas por la Ley 6/2022, de 31 de marzo.

En cualquiera de estos casos, no se trata de gastos especiales, sino de gastos ordinarios teniendo en cuenta la situación de discapacidad de los hijos o descendientes. Lo relevante no es la cuantía del gasto, sino que sea adecuado para cubrir las necesidades contempladas en la norma. Por ello son gastos ajenos a la idea de liberalidad. El art. 1041 CC en su conjunto tiene carácter imperativo, por lo que no cabe que el causante establezca lo contrario: la colación pretende igualar a los herederos forzosos en cuanto a las liberalidades realizadas con carácter voluntario, no respecto a los gastos que el causante está obligado a realizar.

Una última cuestión a plantear es que la literalidad del art. 1041 CC se refiere a los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad. A mi juicio debe hacerse una interpretación extensiva del precepto para aplicar la misma solución cuando se trate de gastos realizados por los hijos parar cubrir necesidades especiales de sus padres o ascendientes, teniendo en cuenta el notable incremento de la esperanza de vida.

5. LA NEGATIVA A PRESTAR LAS ATENCIONES DEBIDAS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO CAUSA DE INDIGNIDAD SUCESORIA

Según el art. 756.7º CC, son incapaces de suceder por causa de indignidad: «Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil». Esta causa de indignidad se introdujo con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y permanece invariable en la actualidad con una importante salvedad: a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 solo resulta aplicable referida a personas en quienes concurra alguna de la situaciones de discapacidad recogidas en la Disposición Adicional 4ª del CC. Si se trata de personas con una situación de discapacidad diferente, la negativa a prestar estas atenciones no constituyen causa de indignidad, si bien la negativa a prestar alimentos sí pueden utilizarse por el testador como causa específica de desheredación de legitimarios descendientes, ascendientes o cónyuge (arts. 853.1ª, 854.2ª y 855.3ª CC).

La causa de indignidad, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, afecta a las personas que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiendo como tales las incluidas en los arts. 142 y 146 CC. El precepto efectúa una remisión a la regulación de la obligación de alimentos entre parientes. Por ello, parece que debe entenderse que esas atenciones se refieren a todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyendo gastos de educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. El contenido de este deber, recogido en el art. 142 CC, es exclusivamente patrimonial, por lo que no incluye otras atenciones asistenciales ni afectivas [37]. En este sentido, según la STS 02.07.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2241): «las atenciones debidas a que hace mención el art. 756.6º CC son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial, económico y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado». Como destaca Represa

[37] Represa Polo, Patricia, «Comentario a la modificación del art. 756 CC», en Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021*... cit., p. 923.

Polo, la interpretación de esta sentencia cierra la puerta a la posibilidad de entender que en los casos en que existe una conducta totalmente reprobable (y reprobable es negar asistencia personal y cuidados al discapacitado cuando lo necesita, que justificaría excluir de la herencia del causante al autor de la misma), se pueda aplicar esta causa de indignidad si la persona con discapacidad tiene satisfechas y cubiertas sus necesidades alimenticias en sentido estricto [38].

Esta línea jurisprudencial resulta criticable, si tenemos en cuenta los tipos y grados de discapacidad a que se refiere la Disposición Adicional 4ª del CC, que incluyen también la necesidad de «ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria». Considero por ello que se debe realizar una interpretación del art. 756.7ª CC acorde con el de la citada Disposición, de manera que también se considere causa de indignidad la negativa a prestaciones de carácter asistencial [39]. Esta manera de enfocar las cosas es más acorde con la línea jurisprudencial que realiza una interpretación extensiva de la causa de desheredación de los descendientes contenida en art. 853.2ª CC (haber «maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra»), incluyendo el maltrato psicológico [40]. No es relevante el simple «abandono emocional», como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, pero sí el maltrato psíquico y reiterado, el menosprecio y el abandono, incompatibles con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación [41].

En cualquier caso, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a precisar que no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, entre las causas de desheredación establecidas. Así en la STS (1ª) 24.05.2022 (ECLI:ES:TS:2022:2068), se afirma: «Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a

[38] Represa Polo, Patricia, «Indignidad y desheredación. Sanciones civiles en el orden sucesorio (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 02/07/2019)», *RDP*, núm. 104, 2020, p. 104.

[39] Represa Polo, «Indignidad…», cit., 111 y ss.

[40] Vid. especialmente las SSTS (1ª) 03.06.2014 (ECLI:ES:TS:2014:2484), 30.01.2015 (ECLI:ES:TS:2015:565) y 13.05.2019 (ECLI:ES:TS:2019:1523).

[41] Vid. ampliamente, Ordás Alonso, Marta, L*a desheredación y sus causas*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 307 y ss., y 366 y ss.

la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2ª CC». En este mismo sentido, la STS (1ª) 19.04.2023 (ECLI:ES:TS:2023:1676) anuló la desheredación de una hija por su padre ante la ausencia de pruebas de que se hubiera producido, por parte de ella hacia él, el maltrato físico o psíquico que el hombre dejó apuntado en su testamento, así como que la falta de relación entre ambos, que ella reconoció, fuese imputable a la hija [42].

Además de lo anterior, la remisión a las normas sobre el deber de prestar alimentos entre parientes plantea otra dudas interpretativas. El art. 756.7º CC se refiere a la indignidad de las personas que no hayan prestado las debidas atenciones a la persona con discapacidad. Lo cierto es que sólo tienen obligación de prestarse recíprocamente alimentos los cónyuges, los ascendientes, los descendientes y los hermanos (estos últimos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida). Hay que tener en cuenta que pueden suceder abintestato los colaterales hasta el cuarto grado (art. 954 CC). La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 es muy clara cuando considera aplicable esta causa de indignidad «aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos». Pero es difícil considerar indigno para suceder a quien no tiene un deber concreto de asistir a la persona con discapacidad. Por ello, algunos autores consideran que solo pueden ser indignos para suceder los parientes a que se refiere el art

[42] Se destaca igualmente que la desafección y distanciamiento familiar mutuos no son causa de desheredación en el ATS (1ª) 16.06.2021 (ECLI:ES:TS:2021:8187A) y la SAP Cádiz (Secc. 2ª) 02.11.2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2466). Según la SAP A Coruña (Secc. 4ª) 16.05.2019 (ECLI:ES:APC:2019:1810), no constituye maltrato psicológico el distanciamiento de los hijos debido al carácter violento del padre, ya que no tiene sentido reprochar a quienes realmente han sido víctimas de la conducta agresiva y de menosprecio de su padre el que no le hayan asistido durante los últimos años de su vida.
La más reciente STS (1ª) 05.06.2024 (ECLI:ES:TS:2024:3300) insiste en la misma idea, y estima el recurso de casación, dejando sin efecto la desheredación de una hija por parte de su padre, al entender que no existía causa justificada para ello: «En este caso, no es la hija la que libremente rompió un vínculo afectivo o sentimental, sino que tal vínculo no ha existido desde su niñez, sin que sea reprochable a la hija, que tenía siete años cuando se produjo la separación de los progenitores, la ausencia de contacto y relación con el padre. Si tal relación no se dio a partir de la separación matrimonial realmente la que fue abandonada por el padre fue la niña, que ha desarrollado toda su vida, incluidas las etapas cruciales para la crianza y formación personal de la infancia y la adolescencia, sin contar con la presencia de un padre que cumpliera todos los deberes, incluidos los afectivos, propios dela relación paternofilial».

143 CC que incumplan con el deber de prestar alimentos [43]. No obstante otro sector de la doctrina considera incluidos a otros parientes en aquellos casos en que, aun cuando no concurra un deber legal de prestar alimentos, existe u deber ético de procurar alimentos a la persona con discapacidad, ya que no tendría sentido que personas que le han negado sustento se enriquezcan *mortis causa* a costa de la persona a la que no prestaron atenciones [44].

Desde luego la introducción de esta nueva causa de indignidad por la Ley 41/2003 responde a una finalidad distinta a las restantes causas contempladas por el art. 756 CC, por lo que encaja con dificultad en el sistema de la indignidad [45]. Por otro lado, aunque la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 limita esta causa a la sucesión abintestato [46], debe entenderse aplicable igualmente a la sucesión testada [47]. En este sentido es necesario destacar que la referencia a los arts. 142 y 146 CC no va dirigida a determinar las personas obligadas a prestar alimentos, sino al tipo de atenciones debidas que no se prestan a la persona con discapacidad. Por ello, como he destacado, hay que estar ahora a los tipos y grados de discapacidad a que se refiere la Disposición Adicional 4ª del CC que, en virtud de

---

[43] González Acebes, Begoña, «Una nueva causa de indignidad sucesoria», en Torres García, Teodora (Coord.), *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 400 y ss.; Morillas Fernández, Marta, «Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», en Lledó Yagüe, Francisco *et al.* (Dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 1104.

[44] Pérez de Vargas Muñoz, José, «La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del CC», *ASN*, núm. 16 (2), 2008, pp. 147 y ss.; Cabezuelo Arenas, Ana Laura, «Padre declarado indigno de suceder a su hijo, un menor paralítico cerebral, por manifestar por escrito que nunca le quiso ni deseó su nacimiento. Aplicación del anterior art. 756.1 CC en lugar del art. 756.7 CC», *RDPtr*, núm. 48, 2018 (BIB 2018\11025); Ordás Alonso, L*a desheredación*..., cit., pp. 258 y ss.

[45] García Rubio, María Paz, «Comentario al art. 756 CC», en Cañizares Laso, Ana, *et al.* (Dir.) *Código civil comentado*, II, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 630; Vaquer Aloy, Antoni, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, 2020, p. 1074.

[46] En concreto se afirma: «Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida».

[47] Martín Meléndez, María Teresa, «La causa de indignidad para suceder del art. 756.7º del Código civil», en Domínguez Luelmo, Andrés y García Rubio, María Paz (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 819.

la referencia que se hace a la Ley 39/2006, incluye también la necesidad de «ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria». El no haber «prestado las atenciones debidas» puede plantear en la práctica problemas de prueba, pero no es obstáculo para no realizar una interpretación extensiva de esta causa de indignidad. Como se afirma en la STS (1ª) 23.04.2018 (ECLI:ES:TS:2018:1394), «una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa». Precisamente los supuestos contemplados en la Disposición Adicional 4ª del CC tienen en común la situación de especial vulnerabilidad de las personas. Como destaca Vaquer Aloy, tratándose de personas vulnerables, «es probable que no se encuentren en condiciones psíquicas (por falta de capacidad natural) o físicas (posibilidad material de acudir a una notaría o habilidad física y mental para redactar un testamento ológrafo con visos de verosimilitud) de testar, por lo que fallecerían intestadas, y los parientes que han abusado se convertirían en herederos abintestato» [48]. Es aquí donde radica el interés en aplicar una causa de indignidad, que sea de aplicación general en el Derecho de sucesiones, con independencia de si la sucesión es testada o intestada.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma del CC a través de la Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento del Derecho de la persona y, en particular, en el Derecho de Sucesiones. Se parte del principio general de que la persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica, y ésta abarca tanto la titularidad como el ejercicio de sus derechos hereditarios. Este principio sólo se podrá matizar cuando otra cosa se derive de las medidas de apoyo adoptadas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 249 CC: las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; e igualmente deben procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Este es el principio que inspira la

[48] Vaquer Aloy, «El maltrato…», cit., p. 1077.

modificación del artículo 996 CC, que puede considerarse el paradigma de las normas sobre Derecho de Sucesiones, al regular precisamente la aceptación de la herencia. Tras establecer el artículo 992 CC que pueden aceptar o repudiar una herencia todos lo que tienen la libre disposición de sus bienes, el artículo 996 dispone: «La aceptación de la herencia por la persona con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas».

Este cambio de paradigma supone el abandono de un enfoque paternalista hacia las personas con discapacidad. No obstante, el legislador ha sido consciente de la situación de determinadas personas con un elevado grado de discapacidad y, en contra de la regla general, ha establecido una serie de medidas especialmente «protectoras» de estas personas desde el punto de vista sucesorio. Estas medidas se aplican exclusivamente a favor de las personas que tengan alguno de los grados de discapacidad recogidos en la Disposición Adicional 4ª del CC, referidos de manera espacial –aunque no solo– a los casos en que existe un importante grado de discapacidad física o sensorial, o una clara situación de dependencia para la realización de actividades básicas de la vida diaria. En tales supuestos, el legislador ha introducido una serie de reglas especiales que, en aras de la protección de las personas con discapacidad, puede llegar incluso a afectar a la situación de otros legitimarios sin discapacidad, hasta el punto de quedar eventualmente privados de su legítima.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel, *La mejora*, Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

Albaladejo García, Manuel, «El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pp. 37-48.

Álvarez Álvarez, Henar, «Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel *et al.* (Dir.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 355-373.

Álvarez Martínez, Georgina, «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 2015, pp. 2933-2948.

Álvarez Moreno, María Teresa, *La mejora a favor del nieto en el Derecho sucesorio*, Edisofer, Madrid, 2003.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código Civil», en Domínguez Luelmo,

Andrés — García Rubio, María Paz (Dir.) *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer — La Ley, 2014, pp. 143-164.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Comentario a la modificación de los artículos 663 y 665 CC», en Guilarte Martín-Calero, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 879-892.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Comentario a la modificación de los artículos 782, 808 y 813 CC», en Guilarte Martín-Calero, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 933-952.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Comentario a la modificación del artículo 822 CC», en Guilarte Martín-Calero, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 953-957.

Barba, Vincenzo, «El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en de Verda y Beamonte, José Ramón (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55.

Barbosa, Paula, «Comentario a los arts. 2104 a 2118», en Dias, Cristina Araújo (Coord.), *Código civil anotado. Livro V. Direito das Sucesões*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 132-160.

Botello Hermosa, Pedro, «Aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015, pp. 127-170.

Botello Hermosa, Pedro, *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la Ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Botello Hermosa, Pedro, «La protección notarial del consumidor en la Ley 5/2019: ¿por qué no implementar un mecanismo similar a favor del legitimario con discapacidad respecto al derecho de habitación que puede corresponderle por ley?», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo *et al.* (Dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 555-569.

Botello Hermosa, Pedro, E*l derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Cabezuelo Arenas, Ana Laura, «El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2021, pp. 1 y ss.

Cabezuelo Arenas, Ana Laura, «Padre declarado indigno de suceder a su hijo, un menor paralítico cerebral, por manifestar por escrito que nunca le quiso ni deseó su nacimiento. Aplicación del anterior art. 756.1 CC en lugar del art.756.7 CC. STS de 23 de abril de 2018 (Sala de lo Civil). (RJ 2018, 1753)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2018 (BIB 2018\11025).

Cámara Lapuente, Sergio, «Comentario a los artículos 781-786 CC», en Domínguez Luelmo, Andrés. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 891-901.

Cervilla Garzón, María Dolores, «La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad», en Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo *et al.* (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 691-706.

Chaparro Matamoros, Pedro, «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Arrébola Blanco, Adrián (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, vol. II, Reus, Madrid, 2023, pp. 641-678.

Cuadrado Pérez, Carlos, «Los sujetos en la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 119, 2024, pp. 189-248.

Delgado Sáez, Jésica, «La protección de la persona con discapacidad a través del fideicomiso de residuo», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20 bis, 2024, pp. 430-449.

Dias, Cristina Araújo, L*ições de Direito das Sucesões*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2024.

Díaz Alabart, Silvia, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente: artículo 808 CC, reformado por las Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista de Derecho Privado*, núm. 88, 2004, pp. 259-270.

Díaz Alabart, Silvia, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», en Pérez de Vargas, José (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 53-112.

Domínguez Luelmo, Andrés, «La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho Transitorio», en Llamas Pombo, Eugenio *et al.* (Dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer — La Ley, Madrid, 2021, pp. 369-420.

Domínguez Luelmo, Andrés, «Mecanismos sucesorios de protección de menores y de personas en situación de discapacidad», en Sanciñena Asurmendi, Camino — Gago Simarro, Clara (Dir.), *La sucesión hereditaria tras la partición. La responsabilidad de los coherederos*, Boch, Barcelona, 2024, pp. 23-73.

Donado Vara, Araceli, «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, 2018, pp. 1557-1582.

Donado Vara, Araceli, «Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 160-199.

Escribano Tortajada, Patricia, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta en favor del descendiente incapacitado judicialmente: algunos problemas que plantea», en Capilla Roncero, Francisco *et al.* (Dir.), *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 395-411.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, «El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 53, 2005, pp. 113-160.

FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS, «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54, 2005, pp. 37-100.

GARCÍA HERRERA, VANESSA, *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, «Comentario al art. 756 CC», en CAÑIZARES LASO, ANA, *et al.* (Dir.) *Código civil comentado*, II, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 617-631.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 58, 2018, pp. 143-192.

GÓMEZ LÓPEZ, MARTA, «¿Se preserva la protección que brinda el derecho de habitación a favor de la persona en situación de discapacidad ex art. 822 CC, en los casos de colisión con los derechos del cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual?», en ARRÉBOLA BLANCO, ADRIÁN (Dir.), *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, vol. II, Reus, Madrid, 2023, pp. 753-778.

GONZÁLEZ ACEBES, BEGOÑA, «Una nueva causa de indignidad sucesoria», en TORRES GARCÍA, TEODORA (Coord.), *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 391-406.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del art. 234 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, Reus, 2019.

LÓPEZ AZCONA, AURORA, «Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo — PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Dir.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 113-142.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, MARTA, «Derecho de habitación de los legitimarios, el ajuste normativo: el artículo 822 del Código civil», en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO *et al.* (Dir.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación del Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1009-1032.

MARTÍN MELÉNDEZ, MARÍA TERESA, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados,* Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍN MELÉNDEZ, MARÍA TERESA, «La causa de indignidad para suceder del art. 756.7º del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS y GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 807-827.

MARTOS CALABRÚS, MARÍA ANGUSTIAS, «Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado», en CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES *et al.* (Dir.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 297-328.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, MARÍA DEL CARMEN, «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2539-2558.

MORENO FLÓREZ, ROSA MARÍA, *El fiduciario favorecido con la sustitución fideicomisaria especial*, Dykinson, Madrid, 2020.

MORILLAS FERNÁNDEZ, MARTA, «Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO *et al.* (Dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 1089-1112.

NANCLARES VALLE, JAVIER, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto (Coord.), *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes: un estudio comparado*, Civitas — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 121-160.

NOGUERA NEBOT, TOMÁS, «Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, pp. 1822-1836.

OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, «La sustitución fideicomisaria como instrumento de protección del incapacitado: cuestiones críticas relativas a sus presupuestos objetivos», en RAMOS PRIETO, Jesús *et al.* (Coord.) *Derecho y fiscalidad de las sucesiones* mortis causa *en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 183-200.

ORDÁS ALONSO, MARTA, L*a desheredación y sus causas. Derecho civil común y derecho civiles forales y especiales*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

ORTEGA DOMÉNECH, JORGE, «Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de junio», en REPRESA POLO, PATRICIA (Coord.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*, Reus, Madrid, 2022, pp. 87-163.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, JOSÉ, «La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del CC: breve referencia a los poderes preventivos», *Academia Sevillana del Notariado*, núm. 16 (2), 2008, pp. 147-207.

PLANAS BALLVÉ, MARÍA, «La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: Instrumento de protección al hijo con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2022, pp. 429-444.

RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL *et al.* (Coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4017-4032.

RAMOS MAESTRE, AÚREA, «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2013, pp. 5-34.

REPRESA POLO, PATRICIA, «Indignidad y desheredación. Sanciones civiles en el orden sucesorio (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 02/07/2019)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 2020, pp. 93-112.

REPRESA POLO, PATRICIA, «Comentario a la modificación del art. 756 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 919-927.

Rivera Álvarez, Joaquín María, «Funcionabilidad y construcción de la disposición testamentaria de la legítima estricta a favor de la persona con discapacidad», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel *et al.* (Dir.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 375-397.

Robles Ramos, Karin J., *Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones*, Dykinson, Madrid, 2021.

Rojano Martín, Nieves, «La incidencia del nuevo artículo 808 CC en el sistema legitimario español y otras novedades tangenciales de la Ley 8/2021», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel *et al.* (Dir.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 399-408.

Santillán Santa Cruz, Romina, «Dicotomía en la disposición de la legítima estricta a favor de un legitimario en situación de discapacidad: ¿mecanismo de protección o medida excesiva?, en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel *et al.* (Dir.), *La persona con discapacidad en el Derecho de Sucesiones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 409-426.

Sanz Viola, Ana María, «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2009, pp. 1-18.

Torres Costas, María Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, AEBOE, Madrid, 2020.

Torres García, Teodora Felipa — Domínguez Luelmo, Andrés, «La legítima en el Código civil (I) y (II)» en Gete Alonso y Calera, María del Carmen (Dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, II, 2.ª ed., Thomson Reuters — Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 355-475.

Vaquer Aloy, Antoni, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho civil*, 2020, pp. 1067-1095.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo

STS (1ª) 13.11.1948 (ECLI:ES:TS:1948:1202)
STS (1ª) 25.10.1954 (ECLI:ES:TS:1954:1071)
STS (1ª) 21.11.1956 (ECLI:ES:TS:1956:436)
STS (1ª) 20.10.1962 (ECLI:ES:TS:1962:2484)
STS (1ª) 02.09.1987 (ECLI:ES:TS:1987:8838)
STS (1ª) 13.03.1989 (ECLI:ES:TS:1989:1864)
STS (1ª) 25.10.2000 (ECLI:ES:TS:2000:7705)
STS (1ª) 06.02.2002 (ECLI:ES:TS:2002:718)
STS (1ª) 14.03.2003 (ECLI:ES:TS:2003:1735)
STS (1ª) 28.09.2005 (ECLI:ES:TS:2005:5646)
STS (1ª) 28.01.2009 (ECLI:ES:TS:2009:266)
STS (1ª) 22.06.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3902)
STS (1ª) 03.06.2014 (ECLI:ES:TS:2014:2484)
STS (1ª) 30.01.2015 (ECLI:ES:TS:2015:565)
STS (1ª) 23.04.2018 (ECLI:ES:TS:2018:1394)

STS (1ª) 13.05.2019 (ECLI:ES:TS:2019:1523)
STS (1ª) 02.07.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2241)
STS (1ª) 17.09.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2854)
ATS (1ª) 16.06.2021 (ECLI:ES:TS:2021:8187A)
STS (1ª) 08.09.2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276)
STS (1ª) 24.05.2022 (ECLI:ES:TS:2022:2068)
STS (1ª) 19.04.2023 (ECLI:ES:TS:2023:1676
STS (1ª) 24.05.2023 (ECLI:ES:TS:2023:2376)
STS (1ª) 05.06.2024 (ECLI:ES:TS:2024:3300)
STS (1ª) 07.01.2025 (ECLI:ES:TS:2025:32)
Sentencias de Audiencias Provinciales
SAP Álava (Secc. 1ª) 15.05.2012 (ECLI:ES:APVI:2012:285)
SAP A Coruña (Secc. 4ª) 16.05.2019 (ECLI:ES:APC:2019:1810)
SAP Cádiz (Secc. 2ª) 02.11.2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2466)

A VULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA NO DIREITO SUCESSÓRIO *

INHERITANCE LAW AND THE VULNERABILITY OF THE ELDERLY

Cristina Dias **

Resumo: A forma como encaramos a sucessão legitimária e as limitações à autonomia do autor da sucessão; as expectativas dos herdeiros legitimários e as causas de indignidade e deserdação; o facto de os mais idosos/vulneráveis não poderem deixar os bens a quem quiserem ou a quem cuidar deles (e que não são necessariamente os seus descendentes) são algumas das matérias a ter em consideração neste estudo. Uma nova configuração da sucessão legitimária não poderá surgir como um instituto protetor dos mais idosos? E não será de prever outras causas de incapacidade sucessória (por indignidade ou deserdação)? São essencialmente estas as questões que aqui procuraremos tratar.

Abstract: The way we view imperative succession and the limitations on the autonomy of the author of the succession; the expectations of imperative heirs and the causes of indignity and disinheritance; the fact that the elderly/vulnerable cannot

* O presente texto corresponde integralmente ao que apresentámos na conferência *A proteção da pessoa idosa*, realizada a 17 de novembro de 2023, na Escola de Direito da Universidade do Minho, no âmbito do Projeto "A proteção da pessoa vulnerável — perspetiva multidisciplinar" do Centro de Investigação em Justiça e Governação — JusGov, e publicado na obra coletiva *A proteção da pessoa idosa — projeto interdisciplinar: A proteção da pessoa vulnerável — perspetiva multidisciplinar — 1.º momento*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/JuGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2024, pp. 31-53. Na verdade, esta intervenção corresponde aos resultados da nossa investigação realizada no âmbito do referido projeto e incidindo sobre o direito sucessório.

** *Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho*
cdias@direito.uminho.pt
Orcid 0000-0003-3806-3616

leave their property to whomever they wish or to whomever will take care of them (who are not necessarily their descendants) are some of the issues to be considered in this study. Couldn't a new configuration of imperative succession emerge as a protective institute for the elderly? And shouldn't there be other causes of incapacity to succeed (through indignity or disinheritance)? These are essentially the questions we will try to address here.

Palavras-chave: Pessoa idosa, vulnerabilidade, direito sucessório

Keywords: Elderly, vulnerability, sucession law

Sumário: 1. A título de introdução — a pessoa idosa vulnerável e o direito sucessório; **2.** A pessoa idosa e a sua sucessão — a sucessão legitimária, as causas de incapacidade sucessória e a liberdade de testar; **3.** Considerações finais

1. A TÍTULO DE INTRODUÇÃO — A PESSOA IDOSA VULNERÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO

O estudo da proteção da pessoa idosa com especial vulnerabilidade assume um caráter marcadamente multidisciplinar. Tendo isto presente, e não podendo abarcar todas as matérias envolvidas, cingiremos a nossa análise ao panorama nacional e a algumas questões sucessórias.

O chamado fenómeno do idadismo (do inglês *ageism*) [1], traduz uma discriminação da pessoa em razão da idade, que se encontra numa posição de fragilidade e carente de proteção. Não analisaremos a questão do ponto de vista sociológico ou mesmo na perspetiva jusfamiliar [2]. É nosso propósito abordar, dando por assente a

[1] Para Maria João Valente Rosa, *Um tempo sem idades — ensaio sobre o envelhecimento da população*, Lisboa, Tinta-da-China, 2020, p. 22, o conceito parece remontar a 1969, quando um psicólogo americano procurava descrever reações negativas dos membros de uma comunidade face à construção de um empreendimento imobiliário para pessoas idosas. Trata-se de "pré-conceitos, na forma de ideias feitas, que colam um rótulo apriorístico, normalmente negativo, a um determinado indivíduo ou grupo — sem que sejam conhecidas as suas capacidades ou o resultado da sua acção". No contexto do envelhecimento da população, traduz-se em reconhecer incapacidades a indivíduos em função do único critério da sua idade cronológica.

[2] Sobre a tutela do idoso no Direito da Família, v., Vítor Palmela Fidalgo, "A tutela do idoso no Direito da Família", *in* AAVV, *Direito e Direitos dos Idosos*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 333-350.

necessidade de proteção da pessoa idoso em certas circunstâncias [3], as possíveis formas de proteção no direito sucessório (*de iure condito* ou *de iure condendo*). Deixaremos também à margem desta reflexão a forma como o direito sucessório garante a autonomia da pessoa idosa, em especial, no domínio da sucessão testamentária [4].

A título de nota prévia, convém esclarecer a noção de idoso (ou os "mais velhos" [5]). Na verdade, podemos encontrar na lei portuguesa referências variadas à pessoa idosa, considerando idoso quem tem mais de 60, 65, 70 ou 75 anos de idade [6]. A ONU e a OMS consideram idoso a pessoa que tem idade igual ou superior a 60 anos, mas para o INE o idoso é aquele que tem idade igual ou superior a 65 anos. Os 65 anos eram, há já vários anos, a entrada na terceira idade, mas, cada vez mais, atendendo a uma maior longevidade e à manutenção de alguma qualidade de vida até mais tarde, os 70 anos são defendidos como o momento para a definição do idoso. Como escreve Maria João Valente Rosa as "análises demográficas têm, ao longo dos tempos, usado uma das duas seguintes partições etárias: 0-19 anos (idade jovem), 20-59 anos (idade activa) e 60 ou mais anos (idade idosa); ou, em alternativa, 0-14 anos (idade jovem), 15-64 anos (idade activa) e 65 ou mais anos (idade idosa). A segunda partição tem sido mais consensual, por estar mais próxima dos marcadores que balizam as três principais fases do ciclo de vida: até aos 15 anos, ou seja, perto da idade em que se torna possível entrar no mercado de trabalho; dos 15 aos 64 anos, período em que se é considerado activos em termos do mercado de trabalho; a partir dos 65 anos, fase também designada por terceira idade, período de vida pós-laboral, frequentemente marcado pela reforma" [7].

---

[3] A pessoa idosa não está necessariamente numa situação de vulnerabilidade, que justifique a sua proteção quando comparada com qualquer outra pessoa, mas, ainda que possuindo plena capacidade, atendendo à sua idade e eventual diminuição das suas capacidades físicas e psíquicas, pode encontrar-se numa situação de maior fragilidade que justifique uma proteção.

[4] Sobre essa questão pronuncia-se Daniel Morais, "As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam", *in* AAVV, *Direito e Direitos dos Idosos*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 317-331.

[5] A expressão é de Paula Távora Vítor, "Dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 1008, pp. 41 e segs.

[6] V., Daniel Morais, *ob. e loc. cit.*, pp. 317 e 318.

[7] Maria João Valente Rosa, *ob. cit.*, p. 21.

Por outro lado, e enquadrando-se esta análise num projeto de investigação dedicado à vulnerabilidade, partimos de outro ponto: a pessoa idosa vulnerável, associando, portanto, a velhice à vulnerabilidade, no sentido de que se tratará de idosos em situação de especial fragilidade ou dependência. "[C]arece de especial protecção o indivíduo cuja vulnerabilidade se manifeste nas concretas relações que com outros estabeleça ou *por causa* dessas relações ou da sua natureza" [8]. Partimos, assim, de uma vulnerabilidade associada ao envelhecimento. O reforço da proteção dos direitos dos idosos em matéria de direito sucessório estava previsto na Estratégia de Proteção ao Idoso, aprovada na Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto [9]. Aí se sugeria a alteração do art. 2034.º do Código Civil e a criação de uma nova norma no título da sucessão testamentária, no capítulo concernente à indisponibilidade relativa. Lê-se na referida estratégia que "a) Deve ser alterado o Código Civil, em matéria de incapacidade por indignidade (artigo 2034.º), no sentido de passar a prever que carece de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, o condenado por crime de maus tratos ou por crime de violência doméstica contra o autor da sucessão; b) Deve ser aditada ao Código Civil uma nova norma, no título da sucessão testamentária, no capítulo concernente à indisponibilidade relativa, no sentido de prever que é nula a disposição a favor dos prestadores de cuidados a pessoas internadas em estabelecimentos de apoio social públicos ou privados, se as pessoas internadas se encontrarem em situação de incapacidade, ainda que não tenha sido decretada qualquer medida de salvaguarda de direitos".

Nada foi feito até ao momento nesta matéria [10].

---

8 Filipa Lira De Almeida, "Do envelhecimento à vulnerabilidade", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* número temático: Vulnerabilidade(s) e Direito, ano LXII, n.º 1, tomo 1, 2021, pp. 260 e 261. A autora (pp. 262 e segs.) apresenta também os indicadores que permitem identificar na população idosa "causas de particular fragilidade ou a prevalência de certos modos de exploração dessa condição": o analfabetismo; o risco mais elevado de pobreza; a institucionalização de idosos em lares pela alteração das estruturas domésticas e a nuclearização da vida familiar; os fenómenos de violência contra idosos; as situações de abuso financeiro.

9 *Diário da República*, 1.ª série, n.º 165, de 25 de agosto de 2015, pp. 6280 e segs.

10 De referir que, em resposta à discussão suscitada no grupo de trabalho sobre envelhecimento das Nações Unidas (OEWG), a propósito da relevância de uma nova Convenção sobre os direitos das pessoas idosas, a AGE (AGE Platform Europe é uma rede europeia de organizações sem fim lucrativo de e para pessoas com idade

Tentaremos ir um pouco mais longe neste contexto, aferindo se a existência da sucessão legitimária, como está regulada no nosso ordenamento jurídico, não obsta à proteção da pessoa idosa.

A forma como encaramos a sucessão legitimária e as limitações à autonomia do autor da sucessão; as expectativas dos herdeiros legitimários e as causas de indignidade e deserdação; o facto de os mais idosos/vulneráveis não poderem deixar os bens a quem quiserem ou a quem cuidar deles (e que não são necessariamente os seus descendentes) são algumas das matérias a ter em consideração neste estudo [11]. Uma nova configuração da sucessão legitimária não poderá surgir como um instituto protetor dos mais idosos? E não será de prever outras causas de incapacidade sucessória (por indignidade ou deserdação)? São essencialmente estas as questões que aqui procuraremos tratar [12].

A sucessão legitimária pode até configurar-se como um instituto de proteção do autor da sucessão mais idoso e de assistência social, e não apenas de proteção à família, desde que admita alguma flexibilidade e autonomia do autor da sucessão, que poderia, por exemplo, determinar, de entre os herdeiros legitimários, o principal

superior a 50 anos, que visa promover os seus interesses — v., *https://www.age-platform.eu/*) uniu esforços com representantes de organizações não-governamentais e especialistas e publicou um documento propondo uma Convenção sobre os direitos das pessoas idosas no âmbito da ONU. O documento analisa o modo como os direitos das pessoas idosas têm vindo a ser ignorados e recusados no âmbito das respostas em torno da Covid-19 e explica como uma convenção que proteja os direitos das pessoas idosas ajudará a encarar seriamente a discriminação em função da idade e permitirá construir uma sociedade mais equilibrada e justa para todos.

11 Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Principia, 2016, p. 437, considera que a "sucessão contratual poderia ser mais uma via para a proteção de pessoas idosas na nossa ordem jurídica, não havendo dúvida de que este é o campo de atuação de eleição dos pactos sucessórios institutivos a título oneroso". Defende, assim, o autor, "As garantias de autonomia…", *ob. e loc. cit.*, p. 330, a introdução no direito português de "um contrato de prestação de auxílio a troco da nomeação do cuidador do idoso como legatário".

12 Com uma análise parcialmente coincidente, mas mais global, v., Daniel Morais, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 16, n.ºs 31-32, 2019, pp. 45-69, focando o papel do Direito Sucessório no problema da proteção dos idosos. Aborda, assim, o autor a posição dos ascendentes enquanto sucessíveis legitimários, a relevância dos mecanismos da indignidade e da deserdação, o papel da sucessão contratual na proteção do idoso, bem como os contratos que os idosos podem realizar para acautelar uma prestação de cuidados.

beneficiário da legítima, bem como dispor dos seus bens a favor de quem entendesse. A par disto deve haver uma urgente atualização das causas de indignidade sucessória e de deserdação, abrangendo situações como os maus-tratos, a violência doméstica, o abandono e até a inexistência de uma relação afetiva efetiva entre os herdeiros legitimários e o autor da sucessão.

2. A PESSOA IDOSA E A SUA SUCESSÃO — A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA, AS CAUSAS DE INCAPACIDADE SUCESSÓRIA E A LIBERDADE DE TESTAR

A sucessão legal pode ser legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor (art. 2027.º do Código Civil) [13].

Na sucessão legitimária a preocupação de que os bens sejam atribuídos a certos familiares está bem patente. A relevância dada à família na sucessão legítima não assegura que os bens permaneçam na mesma família, dado que o autor da sucessão pode dispor dos seus bens em sentido contrário (por testamento ou, nos casos admitidos, por pacto sucessório). Esta finalidade é atingida pela sucessão legitimária, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (art. 2157.º). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* — a legítima ou quota indisponível — sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição. A sucessão legitimária implica, como referido, a existência de herdeiros forçados que, salvo os casos de indignidade ou deserdação, têm sempre direito a uma parte da herança, e uma limitação à autonomia privada e à liberdade de testar.

De facto, o autor da sucessão tem plena liberdade de testar e de deixar os seus bens a quem quiser, sejam ou não seus familiares. Mas não pode afetar a quota indisponível reservada por lei aos herdeiros legitimários, sob pena de redução por inoficiosidade das liberalidades em vida ou por morte que o autor da sucessão tenha feito que ofendam tal legítima.

A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão corresponde a uma tradição profundamente enraizada nas nossas leis,

[13] Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta- se ao Código Civil.

mesmo desde tempos anteriores às Ordenações [14]. Tradicionalmente, e à luz do Código de Seabra, que contemplava como herdeiros legitimários os descendentes e os ascendentes, entendia-se que a legítima dos descendentes resultava da obrigação natural que os pais têm de não deixar desamparados socialmente os seus filhos, e a legítima dos ascendentes assentava na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes. Era a exigência de um auxílio mútuo, como dever familiar, que justificava a sucessão legitimária [15].

A existência da sucessão legitimária visa salvaguardar o interesse da família, reconhecendo a certos familiares mais próximos do autor da sucessão o direito de participarem do seu património, "ou porque ajudaram a produzi-lo, conservá-lo e desenvolvê-lo, ou por se entender que, mesmo após a sua morte, persiste um dever moral de prestar assistência a essas pessoas" [16].

Visando a proteção de certos familiares (cônjuge, descendentes e ascendentes) e garantindo a manutenção do património dentro da

[14] Como refere J. D. Ferreira, *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, p. 332, já nos antigos forais, onde o direito de testar era largamente admitido, se encontravam vestígios "*das legítimas*".
Refere o autor, na mesma obra, p. 331, que em Roma chegou a ser consagrado o princípio absoluto da liberdade de testar. Começou, porém, a levantar-se forte reação contra a crueldade dos pais que privavam sem qualquer razão os seus filhos da herança. Tal originou, inicialmente, a existência de ações de inoficiosidade e de deserdação formal, e, numa outra fase, à introdução das legítimas. V., também, J. R. Bastos, *Direito das Sucessões — segundo o Código Civil de 1966*, vol. II, Viseu, Tipografia Guerra, 1982, p. 78, e Pamplona Corte- Real, *Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária*. Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989, pp. 99 e segs. Com uma resenha evolutiva do fenómeno sucessório, v., R. Capelo De Sousa, *Direito da Família e das Sucessões — Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp 26 e segs.
João Cura Mariano, "A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade", *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 749, escreve que a "existência de limitações à liberdade de cada um dispor do seu património para depois da sua morte já estava presente no direito leonês-castelhano vigente no Condado Portucalense, à data da independência de Portugal, o qual resultava de uma interpenetração dos direitos romano e visigodo, pontuado pela influência de ancestrais costumes locais".

[15] J. D. Ferreira, *ob. cit.*, p. 332.

[16] Ana Leal, *A legítima do cônjuge sobrevivo — estudo comparado hispano-português*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 93.

família, justificar-se-á a existência da sucessão legitimária, ou seja, é legítimo limitar o poder de disposição do titular dos bens para acautelar que tais familiares recebam os mesmos, sem qualquer esforço, no momento da morte do seu titular?

Há autores que consideram, atendendo às suas consequências negativas, desaconselhável a existência da sucessão legitimária [17]. De facto, a sucessão legitimária pode conduzir, dada a partilha entre os vários herdeiros legitimários, à divisão e pulverização de unidades produtivas, e pode levar a que os herdeiros legitimários, na expectativa de receber os bens da herança e de viver à custa da mesma, não tenham qualquer estímulo para o trabalho. Se o autor da sucessão pudesse dispor livremente dos seus bens poderia assegurar a continuidade das suas unidades produtivas e selecionar os mais aptos ao exercício de uma dada atividade [18].

É verdade que a família e a proteção da família estão constitucionalmente consagradas (arts. 36.º e 67.º da CRP), mas também a liberdade de disposição, enquanto tradução do direito à propriedade privada (art. 62.º da CRP). A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão pode implicar uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular. "Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas, em regra, adquirem forçosamente o direito a adquirirem um património, independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o *de cuius*?" [19].

---

[17] De referir que ela não existe nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Os sistemas da *Common Law* não têm uma limitação à liberdade de disposição do autor da sucessão imposta por uma quota indisponível.

[18] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed. Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 29. Acrescenta o autor que as razões sociais que justificam a sucessão legitimária suplantam aqueles inconvenientes. Além disso, considera haver alguns meios que os atenuam como a partilha em vida (art. 2029.º), o legado por conta da legítima (art. 2163.º) e o legado em substituição da legítima (art. 2165.º). Não podemos, porém, esquecer que tais mecanismos exigem uma atuação por parte do autor da sucessão, além de que se mantém a limitação do poder de disposição do titular dos bens, já que tais institutos exigem o consentimento dos herdeiros legitimários que podem até afastá-los se pretenderem receber a sua legítima subjetiva nos termos gerais.

[19] Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 232. Acrescenta o autor que, numa altura em que a riqueza

A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legitimários, que na maioria dos casos atinge dois terços da herança, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do *de cuius* não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição. O próprio direito tem formas de atenuar esta rigidez [20], mas sempre assegurando a existência da quota indisponível reservada aos herdeiros legitimários. De facto, a única forma de os privar da sua legítima é por via da deserdação (art. 2166.º).

Parece-nos que, e para alcançar o fim visado com a sucessão legitimária, ou seja, para assegurar a continuidade dos bens dentro da família, a manutenção do nível de vida do cônjuge e auxiliar os descendentes com um determinado património [21], poderia optar-se por outra solução mais compatível com a liberdade de dispor e a autonomia privada. Aliás, o interesse de proteção da família (v., art. 67.º da CRP), que suportava as limitações impostas pela sucessão legitimária ao direito de livre disposição da propriedade por morte, pode já não o permitir, atendendo à nossa sociedade atual e aos bens transmissíveis *mortis causa*. "Apesar de se impor uma severa restrição à liberdade de cada um dispor do seu património *mortis causa*, essa restrição cumpria todas as exigências dos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, a restrição visava satisfazer um interesse

é sobretudo fruto do trabalho e de aplicação de capital, perdendo a família a sua antiga função de unidade de produção, não parece poder mais entender-se a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao *de cuius* na formação do património. Sugere o autor a possibilidade de a proteção da família, em caso de morte do *de cuius*, ficar assegurada por via de uma obrigação de alimentos exigíveis à herança e por via de legados legais que incidissem sobre a casa de morada da família e o respetivo recheio.

[20] Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 233, aponta, como instrumentos de flexibilização da sucessão legitimária, a colação, o legado por conta da legítima e em substituição da legítima, a cautela sociniana, e a partilha em vida.

[21] Razão esta que atualmente não tem grande suporte real. Na verdade, a esperança média de vida é superior à que existia na altura do surgimento do Código Civil. De facto, quando o autor da sucessão morre, os seus descendentes, na generalidade dos casos, são já adultos e com vida autónoma e independente. A herança vai aumentar o património que já possuem e não permitir a tais descendentes meios de sustento e de início de vida. V., Diogo Leite De Campos, "Parentesco, casamento e sucessão", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45.º, vol. I, 1985, p. 29, nota 31.

constitucionalmente protegido e resistia com facilidade aos testes de proporcionalidade (…). Contudo, o quadro familiar, cuja proteção justificava a restrição à liberdade de transmissão do património *mortis causa*, para os mais atentos, já apresentava sinais que iriam conduzir a uma profunda revolução social" [22].

Tendo em consideração a evolução verificada na família e na instituição casamento, no facto de, na generalidade dos casos, e atendendo à conjuntura atual, as grandes fortunas e patrimónios imobiliários serem raros, de o património mais valioso a transmitir encontrar formas de não ficar sujeito ao direito das sucessões (património mobiliário), na realidade de que a família já não é o suporte de um património que se transmite de geração em geração, e às razões apontadas contra a sucessão legitimária, deverá privilegiar-se a liberdade de testar face à proteção da família. Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. Não tem sentido que um pai ou uma mãe a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha de reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele ou daquela, surgem como herdeiros legitimários [23]. Podemos, por isso, questionar se a sucessão legitimária

---

[22] João Cura Mariano, *ob. cit.*, p. 764.

[23] Susan N. Gary, "Introduction to Succession Law in the 21st century", *HeinOnline — Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.º 43, 2008 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023), p. 390, citando Anne-Marie Rhodes, da Loyola University Chicago School of Law, escreve que talvez as regras sucessórias no século XXI venham a centrar-se na forma como as pessoas se tratam umas às outras. Por seu lado, Anne-Marie Rhodes, "On inheritance and disinheritance", *HeinOnline — Real Property, Trust and Estate Law Journal.* n.º 43, 2008, pp. 434 e 445 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023), afirma que o Direito das Sucessões nunca assentou num único modelo, oscilando entre a proteção da família e o comportamento do herdeiro face ao autor da sucessão e, em função disso, o seu afastamento da sucessão. Assentando as situações de afastamento da sucessão (*disinheritance*) na conduta do herdeiro, o destino da herança pode assentar numa apreciação subjetiva da interação e da conduta de uma pessoa para com a outra.
T. Gallanis/J. Gittler, "Family caregiving and the Law of Succession: a proposal", *HeinOnline — University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 45, n.º 4, 2012, pp. 761-786 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023), propõem que se reserve uma quota da herança ao membro da família que cuidou do autor da sucessão sem qualquer compensação.

ainda serve a proteção da família (?) e, não servindo, se deverá manter-se nestes moldes, talvez devendo converter-se numa forma de proteger a pessoa idosa numa posição vulnerável.

Assim, a sucessão legítima, supletiva, talvez possa alcançar o mesmo fim da sucessão legitimária tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada disponha. Se a necessidade de cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente, for uma prioridade do autor da sucessão, reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, o autor da sucessão nada disporá e funcionará a sucessão legítima. Caso contrário, e até para corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre os herdeiros, poderia dispor dos seus bens a favor de outras pessoas que não aqueles familiares ou beneficiar algum ou alguns deles. Seriam aquelas situações em que os referidos familiares se afastaram do autor da sucessão, onde não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entreajuda entre os mesmos. No direito alemão, que contempla também os descendentes como herdeiros legais, é reconhecido ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao *de cuius*, na esfera pessoal (por exemplo, cuidando dele ou fazendo-lhe mais companhia) ou patrimonial (por exemplo, suportando as despesas com o seu sustento ou pagando os tratamentos e medicamentos para a sua doença), permitindo dessa forma a conservação ou o aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes que concorram à sucessão legal (§ 2057.ºa do BGB). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha (tal como a colação a que estão sujeitos os descendentes que receberam doações em vida do autor da sucessão). Entre nós não existe norma idêntica, fazendo com que tanto suceda, e recebendo o mesmo, o filho que não vê o pai ou a mãe há anos como o que o acompanhou e esteve sempre presente.

M. Pérez Escolar, "Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucessórios del cónyuge sobreviviente", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, I, 2008, p. 198 (disponível em *https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6098/6560*, a 17 de maio de 2023), dá nota que os arts. 8.º e 9.º da Lei do Parlamento da Catalunha n.º 22/2000, de 29 de dezembro, sobre Acolhimento de Pessoas Maiores, preveem direitos sucessórios a favor do cuidador quando a convivência tenha tido uma duração mínima de quatro anos.

Paralelamente, poderia reservar-se, como também acontece no direito alemão, uma parte da herança aos familiares mais próximos (cônjuge, descendentes e ascendentes), mas a legítima não se traduziria numa porção de bens de que o testador não pode dispor [24]. Ou seja, o autor da sucessão poderia dispor (*mortis causa*) dos seus bens a favor de quem entender, mas o cônjuge sobrevivo, os descendentes e os ascendentes, enquanto sucessores obrigatórios, poderiam reclamar o pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente a uma quota da herança que lhe seria atribuída enquanto herdeiro legítimo. Os legitimários surgiriam, assim, como credores daquele valor.

Propondo novas soluções para esta matéria, o direito francês, pela Lei n.º 2006-728, de 23 de junho de 2006, afastou os ascendentes do elenco dos herdeiros legitimários, ainda que continuem a ser herdeiros legais (v., arts. 734.º a 740.º do Código Civil francês).

Como nos dá nota Daniel Morais, apontam-se alguns argumentos para o afastamento dos ascendentes da sucessão legitimária (reservatária): "a) estes já estão protegidos através de uma obrigação alimentar; b) os cidadãos parecem estar menos ligados à reserva dos ascendentes do que à reserva dos descendentes; c) a reserva dos ascendentes vai contra o dinamismo económico, que determina a transmissão dos bens às gerações mais jovens; d) nas famílias em que os laços entre o *de cujus* e os seus ascendentes não são muito fortes, o cônjuge sobrevivo não aceita facilmente essa reserva o que origina situações de conflito (particularmente, no caso das famílias recompostas); e) entende-se ser, hoje, impensável resolver o problema da reforma, das despesas de saúde e da velhice através do Direito Sucessório, visto que tal função cabe ao Direito Social" [25]. Considera, todavia, o autor não ser de

[24] Mesmo no direito alemão a existência da legítima chegou a ser contestada. Em 2000, o tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) pronunciou-se sobre um pedido de inconstitucionalidade da quota obrigatória reservada aos legitimários. Apesar de não aceite, alegava-se a inconstitucionalidade por impor uma limitação injustificável à liberdade de testar, dado que a função de sustento que cabia a essa quota deixou de lhe existir, atendendo à evolução demográfica e social. V., PINTENS/SEYNS, "Comparative Law — Germany. Compulsory portion and solidarity between generations in German Law", *Imperative Inheritance Law in a Late- Modern Society — five perspetives*, Antwerp — Oxford — Portland, Intersentia, p. 171, 2009.

[25] DANIEL MORAIS, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *loc. cit.*, p. 49, e *Autodeterminação sucessória..., ob. cit.*, pp. 57 e segs.

eliminar a legítima dos ascendentes. "Não terá o Direito Sucessório um papel a desempenhar no que se refere ao sustento das pessoas idosas, particularmente quando estas se encontram em situação de fragilidade? Por um lado, nem sempre gozam de boas condições de vida graças às suas reformas e poupanças; por outro, o Direito Social não resolve todos os problemas em causa, sabendo-se que o apoio estatal é limitado" [26]. Acrescenta que isso não implica a manutenção da rigidez das regras da sucessão legitimária, que podem ser flexibilizadas mediante a admissibilidade de um pacto sucessório renunciativo neste contexto. A existência da sucessão legitimária tal como o nosso ordenamento jurídico a regula, limitando o poder de disposição do autor da sucessão, pode conduzir a uma situação de desproteção da pessoa idosa mais vulnerável. Na verdade, não pretendemos abordar a manutenção ou não da legítima dos ascendentes, mas o oposto, ou seja, a manutenção da legítima dos descendentes (e do cônjuge) quando estes não mantêm qualquer vínculo afetivo ou dever de cuidado face ao ascendente e autor da sucessão. Exige-se a necessária flexibilização da sucessão legitimária nesses casos, permitindo que o autor da sucessão possa mais facilmente afastar os seus descendentes da sua sucessão e determinar o destino dos seus bens a favor de quem cuidar de si (seja por via de um testamento, de um pacto sucessório ou qualquer outro negócio jurídico) [27].

Mantendo-se a sucessão legitimária, importará rever as causas de indignidade previstas no art. 2034.º, de forma a albergar certas situações, como as de abandono do progenitor, de maus-tratos,

[26] Daniel Morais, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *ibidem*.

[27] V., Daniel Morais, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *loc. cit.*, pp. 55 e segs. O autor apresenta como forma de proteção da pessoa idosa a sucessão contratual, aí demonstrando as suas potencialidades neste contexto (defendendo a introdução no direito português de um contrato de prestação de auxílio a troco da nomeação do curador como legatário). Analisa igualmente a possibilidade de celebração de outros contratos a título oneroso (como o contrato de renda vitalícia — art. 1238.º, o contrato de alimentos, o contrato de compra e venda com reserva da propriedade até ao momento da morte — momento em que cessa a prestação de auxílio e de cuidado pelo adquirente do bem), bem como a proteção por via da celebração de contratos a título gratuito, como o testamento ou a doação modal. Deixaremos de fora da nossa reflexão quer o testamento quer os pactos sucessórios, assumindo que são as formas de a pessoa idosa dispor dos seus bens para depois da sua morte a favor de quem entender. Debruçar-nos-emos sobre as limitações a essa liberdade de disposição e de que forma, com o atual enquadramento legal, pode assegurar-se a proteção da pessoa idosa.

de agressões, entre outras, que possam afastar os filhos da sua quota legitimária e, em geral, da sucessão do progenitor. Os fundamentos da indignidade e da deserdação podem permitir, sobretudo se o seu leque for ampliado, uma proteção da pessoa idosa.

Ainda que a capacidade seja a regra, a lei considera certas pessoas como incapazes de suceder ao *de cuius*, faltando, assim, um dos pressupostos da vocação sucessória em relação às mesmas.

As incapacidades sucessórias estão previstas, em termos gerais, nos arts. 2034.º e segs., e nos arts. 2166.º e 2167.º, apenas em relação à sucessão legitimária. De um modo geral, pode dizer-se que as incapacidades sucessórias estão sujeitas a um regime unitário previsto nos arts. 2034.º e segs. Mas, no domínio da sucessão legitimária, a capacidade para suceder está sujeita a regras próprias que só valem em relação a ela (arts. 2166.º e 2167.º). Aí se regula os casos de deserdação, onde o autor da sucessão afasta os seus herdeiros legitimários da legítima por incapacidade sucessória.

Como já tivemos oportunidade de escrever, as incapacidades sucessórias assentam numa ideia de indignidade do sucessível, como resulta do art. 2034.º (carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade) [28]. Os atos que tornam o designado sucessório como incapaz de suceder por indignidade estão previstos no art. 2034.º, e assentam no entendimento de que, "pelo seu comportamento face ao *de cuius*, determinadas pessoas se tornaram indignas, socialmente ou de acordo com a vontade presumida do *de cuius*, de lhe suceder" [29]. Estas incapacidades valem para todos os títulos de vocação sucessória.

O comportamento indigno do sucessível pode assumir diversas formas, distinguidas nas quatro hipóteses referidas no art. 2034.º, e que Pereira Coelho resume dizendo que pode tratar-se de um atentado contra a vida do autor da sucessão ou seus familiares próximos, de um atentado contra a honra do autor da sucessão ou seus familiares, de um atentado contra a liberdade de testar ou de um atentado contra o próprio testamento [30].

---

[28] Cristina Dias, "Anotação ao artigo 2034.º", *in* AAVV, *Código Civil Anotado — livro V — Direito das Sucessões*, coord. Cristina Dias, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 40.

[29] R. Capelo De Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 293.

[30] Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, p. 217.

Assim, a al. a) do art. 2034.º sanciona o atentado contra a vida do autor da sucessão e seus familiares mais próximos. É incapaz de suceder "o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso (e só este, não abrangendo as outras formas, como o homicídio por negligência — art. 137.º do Código Penal), ainda que não consumado (abrangendo, assim, também a tentativa de homicídio e o homicídio frustrado), contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado". Não se abrangem os encobridores que, não sendo considerados como comparticipantes do crime, não participam diretamente no homicídio e, por isso, estão excluídos da indignidade sucessória.

A propósito desta al. a), e da indignidade sucessória, o Ac. STJ, de 23/02/2021 (5564/17.7T8ALM.S1), entendeu que a "declaração de indignidade em relação à sucessão do autor da sucessão estende-se à sucessão do seu cônjuge e familiares mais próximos, não sendo necessárias várias declarações de indignidade: relativamente à sucessão da vítima e relativamente à sucessão de cada um dos familiares da vítima que se encontrem no âmbito de proteção do regime da indignidade". Acrescentou ainda que "o sentido atribuído à norma do art. 2034.º, al. *a*), do CC, de que a declaração judicial de indignidade do autor de homicídio doloso relativamente ao autor da sucessão se alastra à sucessão do cônjuge da vítima não viola os direitos de defesa e ao contraditório (arts. 13.º, 20.º e 32.º da CRP) do indigno".

A al. b) refere-se à indignidade resultante de atentado contra a honra do autor da sucessão e dos familiares referidos na al. a): "o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza".

O atentado contra a liberdade de testar está previsto na al. c), segundo a qual é incapaz de suceder por indignidade o que por meio de dolo (v., o art. 253.º) ou coação (física — art. 246.º — ou moral — art. 255.º) induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu. Além da indignidade que gera, a disposição testamentária determinada por erro, dolo ou coação é anulável (art. 2201.º). Repare-se que o legislador não incluiu o erro como vício da vontade, para efeitos de indignidade, o que não impede que haja lugar a anulabilidade do testamento também nos casos de erro (v., art. 2201.º).

Finalmente, o atentado contra o próprio testamento está previsto na causa de incapacidade sucessória da al. d). Não tem capacidade sucessória "o que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou

ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos". A lei não faz distinção entre testamentos públicos e cerrados (v., quanto às formas comuns de testamento, os arts. 2204.º e segs.). Em todo o caso, e sem prejuízo de a situação também poder ocorrer em relação aos livros de registo notarial dos testamentos públicos, parece-nos que a situação de atentado contra o testamento ocorrerá mais frequentemente no caso de testamentos cerrados, na medida em que são estes que são conservados pelo próprio testador ou por um terceiro a seu pedido (art. 2209.º) [31].

De acordo com o art. 2036.º, a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, ou dentro de um ano a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2043.º. Quer isto dizer que as indignidades e incapacidades sucessórias não operam automaticamente, sendo necessária uma ação judicial destinada à declaração de indignidade do herdeiro ou do legatário, sujeita a prazos de caducidade [32].

Parece-nos que, de facto, de acordo com a lei, é sempre necessária uma declaração judicial de indignidade. Mas, já entendemos que, não estando o indigno na posse dos bens, os interessados podem agir fora dos prazos previstos no art. 2036.º [33].

---

[31] Neste sentido, R. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 296 e nota 756. Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 219, parece incluir na hipótese apenas o caso do testamento cerrado.

[32] Neste sentido, Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 220, Pires De Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 40 e 41, e Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 208-211. Mas este ponto não é pacífico na nossa doutrina. Contra tal entendimento, v., Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Sucessões*, 5ª ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 143-145, que considera que a indignidade produz efeitos independentemente da declaração judicial, atua automaticamente, se o indigno não tem os bens em seu poder. Apenas será necessária uma ação de declaração da indignidade se o indigno tiver entrado na posse efetiva dos bens da sucessão. V., no mesmo sentido, os Ac. STJ, de 23/07/1974 (*BMJ*, n.º 239.º, 1974, p. 224), e de 16/01/2003 (02B4124) e, ainda que com algumas dúvidas, R. Capelo De Sousa, *ob. cit.*, pp. 298-300, e "Natureza e caducidade do direito à invocação da indignidade sucessória — anotação ao Ac. do STJ, de 16.1.2003", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4, 2003, p. 36 e pp. 44 e 45.

[33] Neste sentido pronuncia-se também, Luís Carvalho Fernandes, *ob. cit*, pp. 186 e segs., e Pires De Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 42.

Repare-se que a lei estabeleceu prazos muito curtos para que a questão sucessória e a da titularidade dos bens fiquem rapidamente resolvidas, evitando e solucionando de imediato os eventuais conflitos de interesses.

A existência da posse dos bens hereditários não dispensa a ação de declaração de indignidade, mas releva para o prazo da sua propositura.

Imagine-se que, e sem prejuízo do disposto no art. 2036.º, n.º 3, o sucessível matou o autor da sucessão, mas não foi pelos interessados intentada a competente ação de declaração de indignidade dentro dos prazos do art. 2036.º. Não parece muito correto que possa vir a suceder só por ter passado o prazo de propositura da ação.

Quanto à legitimidade para requerer a declaração de indignidade, devem aplicar-se as regras processuais gerais relativas à legitimidade (arts. 30.º e segs. do CPC), sendo de referir que se a causa da indignidade for anterior à abertura da sucessão, também o autor da sucessão terá legitimidade para a referida ação [34].

Caso o único herdeiro seja o sucessor afetado pela indignidade, incumbe ao Ministério Público intentar a ação de indignidade (art. 2036.º, n.º 2). Se a indignidade sucessória não tiver sido declarada na sentença penal (v., art. 69.º-A do Código Penal, que permite que a sentença que condenar autor ou cúmplice de crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado, possa declarar a indignidade sucessória do condenado, nos termos e para os efeitos previstos na al. *a*) do art. 2034.º e do art. 2037.º), a condenação a que se refere a al. *a*) do art. 2034.º é obrigatoriamente comunicada ao Ministério Público para efeitos do disposto no n.º 2 do art. 2036.º (n.º 3 do mesmo artigo).

De acordo com o art. 2037.º, n.º 1, declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente. Portanto, a indignidade torna inexistente a vocação sucessória do indigno. Além disso, se o indigno já tiver entrado na posse dos bens da sucessão, esta devolução é havida como inexistente, sendo o indigno considerado, para todos os efeitos (p. ex., arts. 1271.º, em matéria de restituição de frutos, 1273.º a 1275.º, em matéria de benfeitorias), possuidor de má fé dos respetivos bens.

GESTLEGAL

[34] V., Luís Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, p. 186.

Sendo a vocação do indigno tida por inexistente, daí deriva o segundo efeito da indignidade, ou seja, haverá lugar ao chamamento dos sucessíveis subsequentes. Mas aqui há que fazer uma distinção, de acordo com o n.º 2 do art. 2037.º, consoante a sucessão seja legal ou testamentária. Na sucessão legal (legítima ou legitimária), a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes. Na sucessão testamentária, pelo contrário, a indignidade afasta o chamamento de sucessíveis por direito de representação (art. 2041.º, n.º 1). O direito de representação só funciona aqui em casos de pré-morte ou repúdio, e não nos casos de indignidade sucessória. Por isso, em caso de indignidade serão chamados à sucessão os substitutos ou outros cossucessores testamentários, se os houver e tiverem direito de acrescer (arts. 2301.º, 2302.º e 2304.º), e, na sua falta, os herdeiros legítimos do testador.

A enumeração das causas de indignidade do art. 2034.º, bem como a das causas de deserdação do art. 2166.º, é taxativa. Porém, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que, muito embora a situação não se enquadre em qualquer uma das causas de indignidade, "não pode todavia reconhecer-se capacidade sucessória a um pai que violou uma filha de 14 anos, a obrigou a abortar aos 15 anos, após cumprir a pena de prisão em que foi condenado persistiu na ofensa a sua filha (que nunca lhe perdoou) e se vem habilitar à herança desta sua filha por morte dela aos 29 anos, em acidente de viação — reconhecer-lhe essa capacidade seria manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder e, portanto, ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito" [acórdão do STJ, de 07.01.2010 (disponível em *http://www.dgsi.pt*, a 17 de maio de 2023)] [35].

Refutando a tese da taxatividade, v., o acórdão da Relação de Guimarães, de 22.01.2009 (disponível em *http://www.dgsi.pt*, a 17 de maio de 2023), admitindo novos casos de indignidade por recurso à analogia *legis*.

A necessidade de proteção das pessoas idosas mais vulneráveis exige a inclusão de outras causas de indignidade sucessória. O Projeto de Lei 246/XIII/1.ª, do grupo parlamentar do CDS-PP, em 2016, previa uma alteração do Código Civil, criando a indignidade

[35] Com uma visão crítica deste acórdão, v., João Lemos Esteves, "O problema da tipicidade das causas de indignidade sucessória e os tribunais: breve «estudo de caso»", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, pp. 110 e 111, 2016.

sucessória dos condenados por crimes de exposição ou abandono ou de omissão de obrigação de alimentos [36]. Lê-se na exposição de motivos do referido projeto o seguinte: "O envelhecimento demográfico traduz alterações na distribuição etária de uma população, expressando uma maior proporção de população em idades mais avançadas. Esta dinâmica é entendida internacionalmente como uma das mais importantes tendências demográficas do século XXI (…). Como referido no "World Population Ageing 2013", divulgado em 2013 pela Divisão de População das Nações Unidas (United Nations Population Division), o envelhecimento da população está a progredir rapidamente em muitos dos países pioneiros no processo de transição demográfica — processo pelo qual o declínio da mortalidade é seguido por reduções na natalidade. Segundo as Nações Unidas, este processo deverá continuar ao longo das próximas décadas e irá, provavelmente, afetar todo o mundo.

Ainda de acordo com os dados divulgados naquele relatório, a proporção mundial de pessoas com 60 e mais anos de idade aumentou de 9,2% em 1990 para 11,7% em 2013, e espera-se que continue a aumentar, podendo atingir 21,1% em 2050. Em valores absolutos, as projeções das Nações Unidas apontam para que o número de pessoas com 60 e mais anos de idade passe para mais do dobro, de 841 milhões de pessoas em 2013 para mais de 2 mil milhões em 2050, e o número de pessoas com 80 e mais anos de idade poderá mais do que triplicar, atingindo os 392 milhões em 2050.

A população idosa é predominantemente composta por mulheres porque estas tendem a viver mais do que os homens. Em 2013, a nível mundial, havia 85 homens por cada 100 mulheres no grupo etário dos 60 e mais anos, e 61 homens por cada 100 mulheres no grupo etário dos 80 e mais anos. É expectável que este rácio aumente moderadamente nas próximas décadas, refletindo uma melhoria ligeiramente mais rápida na esperança de vida dos homens nas idades avançadas (…).

As alterações na estrutura etária resultam no aumento do índice de envelhecimento: em 2014 por cada 100 jovens residiam em Portugal 141 idosos (136 em 2013) (…). Face a 2003, o índice de envelhecimento passou de 100 para 119 idosos por 100 jovens na UE 28. O maior aumento do número de idosos por 100 jovens observou-se

[36] https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40407, consultado a 13 de junho de 2023.

em Malta (+53), seguido da Lituânia (+39), Alemanha (+36), Áustria (+33) e de Portugal e Finlândia (+30); enquanto o menor aumento se verificou em Espanha (+3), Irlanda (+4), Bélgica (+6), Luxemburgo (+9) e França (+11).

Por outro lado, o índice de dependência de idosos que, como referido, relaciona a população idosa com a população em idade ativa, continua a aumentar: em 2003, por cada 100 pessoas em idade ativa residiam em Portugal 25 idosos, valor que passou para 31 em 2014 (30 em 2013).

O índice de dependência de idosos para a UE era de 28 idosos por cada 100 pessoas em idade ativa em 2013. Este índice variava entre 19 na Eslováquia e na Irlanda e 20 no Chipre e Luxemburgo; no lado oposto, 33 em Itália e 32 na Alemanha e Grécia (…)

Perante este cenário é fundamental atualizar e inovar as políticas de família e dar especial enfoque ao envelhecimento ativo (…).

Em relação ao envelhecimento ativo urge dar-lhe a relevância que ele merece, ou seja, considerando os mais idosos como um dos eixos principais da sociedade (…).

Por outro lado, importa garantir da existência de mecanismos efetivos de proteção que salvaguardem e atendam às particularidades, riscos e fragilidades dos mais idosos.

Muitos destes idosos são pessoas que, devido à sua especial suscetibilidade, necessitam de uma proteção especial e reforçada, quer seja em termos sociais, económicos, de saúde ou de justiça.

Estes caminhos fazem-se através de políticas integradas de longo prazo que passam por diversas áreas, tais como saúde, formação, voluntariado, justiça e emprego, onde todos os agentes, querem sejam legislativos ou executivos, devem estar envolvidos.

O Código Civil prevê, no artigo 1874.º ("Deveres de pais e filhos"), que pais e filhos se devem mutuamente respeito, auxílio e assistência, ou seja, a obrigação de prestarem reciprocamente alimentos e a de contribuírem para os encargos da vida familiar de acordo com as respetivas possibilidades.

Por outro lado, o artigo 2009.º do Código Civil prevê quais as pessoas obrigadas a alimentos e respetiva ordem de precedência, lá figurando precisamente os pais e os filhos, pela ordem da sucessão legítima.

O Código Civil preocupou-se em prever designadamente a obrigatoriedade de assistência dos filhos aos pais, mas não prevê qualquer consequência para o não cumprimento desse dever, nomeadamente em termos sucessórios — exceciona-se apenas a possibilidade de deserdação prevista no artigo 2166.º do Código Civil.

Com efeito, o ascendente já pode deserdar o sucessível que seja descendente pelo facto de este faltar, sem justificação, ao cumprimento do dever de alimentos para com o autor da sucessão. Trata-se, contudo, de ato praticável apenas na sucessão testamentária e com expressa declaração da causa, ou seja, é um ato que depende da vontade expressa do ascendente, isto é, é um ato da responsabilidade de quem está a ser vítima da falta de dever de alimentos.

Contrariamente à deserdação, o ato da declaração da incapacidade sucessória por indignidade, previsto no artigo 2034.º do Código Civil não depende de expressa declaração do ascendente. Assim sendo, a presente iniciativa vem incluir duas novas alíneas neste artigo, que preveem a incapacidade sucessória, por indignidade, de quem tiver sido condenado por exposição ou abandono ou de quem tiver sido condenado por violação da obrigação de alimentos, quando tais crimes tenham sido praticados contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado".

A redação do art. 2034.º teria, assim, duas novas alíneas com a seguinte redação: c) O condenado por exposição ou abandono contra as pessoas referidas na alínea a); d) O condenado por violação da obrigação de alimentos contra as pessoas referidas na alínea a).

O crime de exposição ou abandono está previsto no art. 138.º do Código Penal, ocorrendo cada vez com mais frequência, e traduzindo uma clara violação dos deveres de assistência e cooperação, previstos no art. 1874.º.

Maria Paula Ribeiro de Faria, a propósito do acórdão do STJ, de 07.01.2010, *supra* citado, escreve que, "[c]oncordando integralmente com a decisão proferida, a verdade é que a consequência que o Tribunal aqui justamente impediu, devia constituir, há muito, conteúdo de uma regra legal, já que — não tenhamos ilusões — a realidade que se apresentou à justiça neste caso, não se afigura isolada ou pontual. Uma vez que a norma prevista pelo art. 2034º do CC, tem uma natureza "quase penal", de índole sancionatória, tem de ser formulada de forma taxativa e fechada, e não pode ser aplicada de outra forma sob pena de um sacrifício intolerável da segurança jurídica, o que significa que é tarefa do legislador resolver, em termos gerais e abstratos, a desadequação atualmente patente entre a estreiteza das suas alíneas e o sentimento jurídico geral, que naturalmente repudia que o agressor de uma vítima vulnerável possa beneficiar da respetiva herança.

Certo é que já passaram mais de dez anos desde este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2010, sem que o legislador tenha revelado a sua intenção de resolver o problema, continuando o art. 2034º

a restringir as hipóteses de indignidade sucessória aos casos de condenação pelo crime de homicídio doloso, ou tentativa de homicídio, do autor da sucessão ou do seu cônjuge, e pelo atentado ao património moral do autor da sucessão, o que permite a injustiça e a desproteção das vítimas de outros crimes graves [37].

Considerando que o sentido desta norma é o de vedar o benefício financeiro da herança ao autor de condutas que revelam uma danosidade social intolerável relativamente à vítima (pelo menos, no caso das alíneas a) e b)), não podemos deixar de defender que a danosidade social que impede por razões de justiça o benefício sucessório, está presente de forma evidente noutras situações. Isto não significa que o art. 2034º deva prever todas as condutas com gravidade intermédia entre o homicídio e ofensa à honra do autor da sucessão, mas a sua hipótese deve abranger os comportamentos que ferem de morte a razão de ser do próprio vínculo sucessório, i.é. a ligação familiar e o respeito e a solidariedade entre os membros de uma família.

A nossa preocupação diz sobretudo respeito às pessoas mais velhas que são agredidas e negligenciadas pelos destinatários naturais dos seus bens, embora a questão tenha contornos gerais. Não basta lembrar que estas pessoas podem deserdar os agressores, não só porque muitas delas não são livres na verdadeira aceção da palavra, estando sujeitas a inúmeras formas de coação, podendo não ter a capacidade física e mental que esta possibilidade pressupõe, mas sobretudo porque o afastamento do herdeiro nestes casos não deve depender delas e da sua vontade, mas deve partir do corpo social: é inadmissível que

[37] Sobre o crime de violência doméstica, neste específico contexto da indignidade sucessória, v., Joana De Sousa Varejão, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Coimbra, Almedina, 2023.
De destacar, a existência, neste ano de 2023, do Projeto de Lei n.º 515/XV/1.ª, do PAN, que propõe a inclusão no elenco das causas de indignidade sucessória da condenação por ofensa à integridade física, por violência doméstica, por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, por exposição ou abandono ou por violação da obrigação de alimentos. A Ordem dos Advogados pronunciou-se favoravelmente quanto ao aludido Projeto de Lei, considerando que o mesmo salvaguarda a proteção da vítima, a ordem pública e a segurança jurídica. O Conselho Superior da Magistratura e o Conselho Superior do Ministério Público, nos seus respetivos pareceres, apesar de fazerem considerações críticas de várias ordens de razões em relação a diferentes aspetos daquela iniciativa legislativa, alinham também favoravelmente com a proposta (v., https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=152355, consultado a 13 de junho de 2023).

possa beneficiar do património da vítima quem a agrediu ou negligenciou gravemente.

Não é excesso punitivo retirar os direitos sucessórios a quem foi condenado pelo crime de violação de alimentos ou pelo crime de violência doméstica (os casos em que sobrevém a morte já estão previstos pelo art. 2034º) contra o autor da sucessão, ou por ofensas corporais dolosas ou negligentes contra este último, quando a negligência é grosseira, pelo que é obrigação do legislador pôr fim a esta situação de tolerância para com o criminoso, que constitui um convite ao crime, sobretudo ao crime que ameaça a integridade da vítima e apressa a sua morte.

Podemos admitir que o filho que atenta de forma intencional contra os bens jurídicos dos pais, em claro abuso de direito, venha a beneficiar da sua sucessão? Podemos tolerar que o filho que violenta os pais não lhes dirigindo palavra, diminuindo-os, e negligenciando-os, com consequências graves para a sua integridade física e psíquica, seja premiado com o produto do seu esforço e do seu trabalho? Cremos convictamente que esta situação tem de terminar" [38].

Quanto à violação da obrigação de alimentos, pretendia o referido projeto incluir tal causa como motivo de indignidade sucessória, tal como já está previsto como causa de deserdação no art. 2166.º, al. *c*) ("ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos"). A deserdação exige que o autor da sucessão realize um testamento onde, com expressa declaração da causa, venha a deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima, quando se verifique uma das ocorrências a que se refere o art. 2166.º. O instituto da indignidade dispensa qualquer declaração do autor da sucessão, funcionando pela verificação das causas previstas no art. 2034.º. Permitir-se-ia, assim, afastar um descendente que tenha violado a obrigação de alimentos a que estava obrigado para com o seu ascendente [39].

Talvez se pudesse incluir também como causa de indignidade sucessória a quebra dos vínculos afetivos e familiares entre, para o que para

[38] *Advocatus*, *in https://eco.sapo.pt/opiniao/ate-quando-vamos-admitir-que-o--agressor-seja-herdeiro-da- vitima/*, consultado a 13 de junho de 2023.

[39] O que não impediria, todavia, o autor da sucessão de, querendo, mesmo verificando-se tal causa de indignidade, tendo ficado privado de alimentos, manter o seu descendente como seu herdeiro, devendo, para o efeito, reabilitá-lo, à luz do art. 2038.º.

este estudo releva, a pessoa idosa vulnerável e os seus herdeiros legais [40]. O aumento da esperança média de vida, que já tivemos oportunidade de referir no início deste trabalho, acompanhada das situações de vulnerabilidade em que muitos idosos podem encontrar-se (por razões financeiras, de habitabilidade ou até do ponto de vista emocional) tornam necessária um maior apoio familiar que, muitas vezes, não existe. Por isso, a par da recusa da obrigação de alimentos, é configurável a existência de uma causa de indignidade ou deserdação que assente na ideia de desamparo de pessoa em situação de necessidade ou especialmente vulnerável. É o que acontece, por exemplo, na Áustria, Croácia, Eslovénia, República Checa, Malta, Brasil ou Perú [41]. Apontando em sentido idêntico a Lei n.º 10/2008, de 10 de julho, da Catalunha, considera fundamento da deserdação o desaparecimento de qualquer relação familiar de uma forma manifesta e continuada entre o herdeiro legitimário e o autor da sucessão, desde que isso seja exclusivamente imputável a esse herdeiro legitimário. Além das dificuldades no preenchimento dos pressupostos e na verificação de tal causa, articula-se a atribuição de direitos sucessórios com o eventual comportamento do sucessível, gerando alguma insegurança [42].

Como nos dá conta Esther Arroyo Amayuelas e Esther Farnós Amorós, a consideração do comportamento do herdeiro para com o autor da sucessão para efeitos de deserdação e a falta de relação familiar está também presente no Código Civil do Luisiana, no seu art. 1621 A (8), onde se prevê que um pai pode deserdar o filho, seu herdeiro legitimário maior de idade, se este não o contactou por um período de tempo de dois anos, desde que não haja qualquer motivo que o justifique. De acordo com o art. 1622.º do mesmo código, o mesmo aplica-se aos avós, ou seja, um avô pode deserdar o neto em

[40] Também Rita Lobo Xavier, "Para quando a renovação do Direito sucessório português?", *in* AAVV, *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, coordenação de Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 608, defende que as causas de deserdação devem ser alargadas, nomeadamente, permitindo que o autor da sucessão possa afastar um herdeiro com base na ausência de relação afetiva.

[41] V., Esther Arroyo Amayuelas/Esther Farnós Amorós, "Nuevas causas de privación de la legitima: Más libertad para el testador?", *in* AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, coord. Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 466 e 467.

[42] Para uma análise da referida legislação e sua crítica v., Esther Arroyo Amayuelas/Esther Farnós Amorós,*ob. e loc. cit*, pp. 474 e segs.

idênticas circunstâncias, independentemente de a falta de relação familiar existir ou não com o pai. Mas também aqui há inúmeras críticas e dificuldades de interpretação (p. ex., o que deve entender-se por falta de contacto, a partir de que momento se contam os dois anos sem notícias, etc.) [43].

Entendemos que, como referimos anteriormente, não tem sentido que um progenitor a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha de reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele, surgem como herdeiros legitimários. Também Guilherme de Oliveira, ponderando alternativas de reforma do direito sucessório, além da alteração em sede da sucessão legitimária, que entende o autor ser de manter, sugere a redução da quota legitimária. "Se, por um lado, esta redução permitiria manter algum limite à liberdade do autor da sucessão, em favor da família, por outro lado dar-lhe-ia mais poder para distribuir a herança, na medida em que a quota disponível se tornaria necessariamente maior". Sugere também que "poderia manter-se a sucessão legitimária tal como está, mas procurar excluir dela (ou de toda a sucessão legal) os sucessíveis que não tivessem mantido relações familiares efetivas com o autor da sucessão. Este regime teria a intenção de manter a "legítima" como limite à liberdade de testar, com o sentido tradicional de garantir uma proteção da família. Porém, pretendia definir melhor a família que merecia esta proteção — a família que tivesse estado presente na vida do autor da sucessão, e não apenas uma família formal, baseada em meros laços jurídicos sem tradução nos afetos, no cuidado e na vida do autor da sucessão. Ou seja — para dar três sugestões sem rigor — poderiam ser excluídos os sucessíveis que tivessem dado causa a uma "rotura da vida familiar", com um sentido próximo do que se usa quando se menciona uma rotura da vida matrimonial, para efeitos de divórcio sem consentimento de um cônjuge; ou poderiam ser excluídos os sucessíveis que não tivessem vivido na "posse de estado" correspondente ao vínculo formal que justificaria o seu chamamento sucessório; ou ainda, como se diria no Brasil, poderiam ser excluídos os que tivessem praticado um "abandono afetivo" relativamente ao autor da sucessão, pela omissão de cuidados, ainda que tivessem prestado alimentos (cfr. art. 2166.º)". Finalmente, propõe ainda o autor que em

[43] Esther Arroyo Amayuelas/Esther Farnós Amorós,*ob. e loc. cit*, pp. 472 e 473.

"alternativa, ou cumulativamente, deveria ser considerada a possibilidade de o autor da sucessão e/ou a lei procederem a discriminações positivas, dentro das forças da legítima global, em favor de algum ou alguns dos herdeiros legitimários vulneráveis, em consideração das suas necessidades específicas, "com expressa declaração da causa" (cfr. o art. 2166.º, n.º 1). Assim, poderia favorecer-se especialmente algum dos herdeiros com deficiência (por inspiração na lei espanhola n.º 41/2003); ou com necessidades especiais, ou simplesmente com idade avançada (porventura o cônjuge sobrevivo) que lhe diminua a capacidade de ganho, de tal modo que a repartição da quota legitimária global não fosse dividida em partes iguais" [44]. Aponta-se nesta última hipótese para a solução prevista no direito alemão, já referida *infra*, que reconhece ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao *de cuius*, na esfera pessoal (por exemplo, cuidando dele ou fazendo-lhe mais companhia) ou patrimonial (por exemplo, suportando as despesas com o seu sustento ou pagando os tratamentos e medicamentos para a sua doença), permitindo dessa forma a conservação ou o aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes que concorram à sucessão legal (§ 2057.ºa do BGB). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha.

Considerando também que a ausência de uma relação familiar próxima entre o autor da sucessão e o seu herdeiro legal afigura-se como uma causa de deserdação "com um interessante potencial", Daniel Morais mostra-se, todavia, cauteloso: "Da experiência de outras ordens jurídicas na aplicação de uma causa de deserdação deste tipo se retira: a) a necessidade de fixação de um prazo temporal em que não se verifica qualquer contacto entre o *de cujus* e o sucessível (que teria de ser, seguramente, maior do que dois anos); b) a exigência de que tal ausência de contacto não seja, em nenhuma medida, imputável ao *de cujus*. Tal imputabilidade resultaria, objetivamente, da recusa por parte deste, sem justa causa, de qualquer contacto pessoal feito pelo sucessível com o objetivo de reestabelecer as relações familiares. No contexto de uma proteção das pessoas

[44] Guilherme de Oliveira, "Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)", *in https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf*, consultado a 13 de junho de 2023.

idosas, esta causa de deserdação teria o interesse de permitir o afastamento de sucessíveis unicamente interessados no património do seu ascendente, mas sem qualquer preocupação com a sua pessoa" [45].

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Centrando-nos na ideia de proteção da pessoa idosa vulnerável do ponto de vista do direito sucessório, debruçámo-nos essencialmente nas limitações à liberdade de disposição dos bens por parte do autor da sucessão, resultantes da existência de herdeiros legitimários, impedindo que o *de* cujus possa deixar os seus bens a favor de quem cuidar dele na sua velhice ou em situações de maior vulnerabilidade (p. ex., uma doença).

Torna-se necessária uma maior flexibilidade na regulamentação da sucessão legitimária. Foi essa também a conclusão a que se chegou, depois de uma análise, com diferentes perspetivas, da sucessão legitimária em vários ordenamentos jurídicos, na obra *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society — five perspetives* [46]. Acompanhando a evolução na sociedade e na estrutura familiar, impõe-se uma maior abertura e flexibilidade na regulamentação da sucessão "imperativa", privilegiando a vontade do autor da sucessão e a liberdade de testar, quer qualitativamente (substituindo a legítima em bens por um crédito em valor) quer quantitativamente (limitando os legitimários e reduzindo o valor da legítima).

Será, assim, de ponderar uma redução da quota legitimária ou, a manter-se, é importante pensar em soluções mais protetoras da pessoa idosa, nomeadamente, admitindo novas formas de indignidade e de deserdação, excluindo da sucessão legitimária e da legítima os condenados por exposição ou abandono, por violência doméstica ou por violação da obrigação de alimentos contra o autor da sucessão, ou que não tivessem mantido relações familiares efetivas com o autor da sucessão; ou admitir-se a possibilidade de "discriminações positivas", a que se refere Guilherme de Oliveira, como vimos *supra*, em favor de algum ou alguns dos herdeiros legitimários mais

[45] Daniel Morais, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *loc. cit.*, p. 54.

[46] *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society — five perspectives*, Antwerp — Oxford — Portland, Intersentia, 2009.

vulneráveis, em consideração das suas necessidades específicas — herdeiros com deficiência, com necessidades especiais, ou simplesmente com idade avançada, permitindo uma partilha desigual entre os herdeiros legitimários.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AAVV, *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society — five perspectives*, Antwerp —
Oxford — Portland, Intersentia, 2009.

Almeida, Filipa Lira de, "Do envelhecimento à vulnerabilidade", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* número temático: Vulnerabilidade(s) e Direito, ano LXII, n.º 1, tomo 1, 2021, pp. 259-281.

Arroyo Amayuelas, Esther/Farnós Amorós, Esther, "Nuevas causas de privación de la legitima: Más libertad para el testador?", *in* AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, coord. Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 465-480.

Ascensão, Oliveira, *Direito Civil. Sucessões*, 5ª ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

Bastos, J. R., *Direito das Sucessões — segundo o Código Civil de 1966*, vol. II, Viseu, Tipografia Guerra, 1982.

Campos, Diogo Leite de, "Parentesco, casamento e sucessão", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45.º, vol. I, 1985, pp. 13-54.

Coelho, Pereira, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992.

Corte-Real, Pamplona, *Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária*. Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989.

——, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012.

Dias, Cristina, "Anotação ao artigo 2034.º", *in* AAVV, *Código Civil Anotado — livro V — Direito das Sucessões*, coord. Cristina Dias, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 40-42.

——, "A proteção do idoso por via do Direito Sucessório: a proteção sucessória da família, a sucessão legitimária e a incapacidade sucessória", in AAVV, *A proteção da pessoa idosa — projeto interdisciplinar: A proteção da pessoa vulnerável — perspetiva multidisciplinar — 1.º momento*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/JuGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2024, pp. 31-53.

Esteves, João Lemos, "O problema da tipicidade das causas de indignidade sucessória e os tribunais: breve «estudo de caso»", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 97-113.

Fernandes, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed. Lisboa, Quid Juris, 2012. FERREIRA, J. D., *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898.

Fidalgo, Vítor Palmela, "A tutela do idoso no Direito da Família", *in* AAVV, *Direito e Direitos dos Idosos*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 333-350.

GALLANIS, T./GITTLER, J., "Family caregiving and the Law of Succession: a proposal", *HeinOnline — University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 45, n.º 4, 2012 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023).

GARY, Susan N., "Introduction to Succession Law in the 21st century", *HeinOnline — Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.º 43, 2008 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023).

LEAL, Ana, *A legítima do cônjuge sobrevivo — estudo comparado hispano-português*, Coimbra, Almedina, 2004.

LIMA, Pires De/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

MARIANO, João Cura, "A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade", *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 745-769.

MORAIS, Daniel, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Principia, 2016.

——, "Direito sucessório e proteção de pessoas idosas", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 16, n.ºs 31-32, 2019, pp. 45-69.

——, "As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam", *in* AAVV, *Direito e Direitos dos Idosos*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 317-331. OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)", *in https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf*, consultado a 13 de junho de 2023.

PÉREZ ESCOLAR, M., "Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucessórios del cónyuge sobreviviente", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, I, 2008 (disponível em *https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6098/6560*, a 17 de maio de 2023).

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022.

PINTENS/SEYNS, "Comparative Law — Germany. Compulsory portion and solidarity between generations in German Law", *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society — five perspetives*, Antwerp — Oxford — Portland, Intersentia, 2009, pp. 167-187.

RHODES, Anne-Marie, "On inheritance and disinheritance", *HeinOnline — Real Property, Trust and Estate Law Journal*. n.º 43, 2008 (disponível em *http://heiononline.org*, a 17 de maio de 2023).

ROSA, Maria João Valente, *Um tempo sem idades — ensaio sobre o envelhecimento da população*, Lisboa, Tinta-da-China, 2020.

SOUSA, R. Capelo de, *Direito da Família e das Sucessões — Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

——, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

——, **"Natureza e caducidade do direito à invocação da indignidade sucessória — anotação ao** Ac. do STJ, de 16.1.2003", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4, 2003, pp. 36-46.

VAREJÃO, Joana de Sousa, *A violência doméstica como causa de indignidade sucessória*, Coimbra, Almedina, 2023.

VÍTOR, Paula Távora, "Dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 1008, pp. 41 e segs

XAVIER, Rita Lobo, "Para quando a renovação do Direito sucessório português?", *in* AAVV, *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, coordenação de Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 593-614.

PESSOAS IDOSAS SÓS, PRESTAÇÃO DE CUIDADOS E INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO: DISPOSIÇÕES A FAVOR DE PESSOA INCERTA, DISPOSIÇÕES CONDICIONAIS E DISPOSIÇÕES MODAIS

Daniel de Bettencourt Rodrigues Morais*-**

Resumo: O envelhecimento populacional em Portugal, bem como as profundas alterações na solidariedade familiar, suscitam, cada vez mais, o problema da prestação de cuidados a pessoas idosas isoladas. Como instrumento de autodeterminação sucessória por excelência, o testamento assume particular importância neste contexto. No entanto, as disposições testamentárias em que o testador procura assegurar cuidados por parte de um cuidador informal levantam diversas dificuldades de interpretação. Qual a importância da prestação de cuidados na eficácia da disposição? Que cuidados devem ser assegurados para se considerar cumprida a vontade do testador? Constituirá a prestação de cuidados uma condição, um encargo (modo) ou apenas um critério para a identificação do sucessível? São estas as questões a que procuramos dar resposta neste estudo.

Abstract: The ageing of the population in Portugal, as well as profound transformations in family solidarity, raise the problem of securing care for the isolated elderly. As relevant instruments of succession planning, wills are particularly important in this context. However, wills in which the testator seeks to ensure care by an informal caregiver are difficult to interpret. What is the importance of caregiving to the effectiveness of the will? Which care services must be rendered in order to fulfill the testator's will? Is ensuring care a condition, a charge upon the testamentary disposition, or simply a criterion to identify the heir or the legatee? These are the questions answered in this paper.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado. Email: danielbrmorais@gmail.com. Orcid n. 0000-0002-6130-9541.

** Este texto é parte do projeto de I+D+i PID2022-136264OB-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ e por "FEDER Una manera de hacer Europa".

Sumário: 1. A relevância do problema na sociedade portuguesa atual. **2.** A disposição testamentária a favor de pessoa incerta que se possa tornar certa mediante a prestação de cuidados e assistência ao testador. **3.** As cláusulas condicionais e modais com vista à obtenção de cuidados e assistência ao testador. **3.1.** As particularidades da disposição condicional (suspensiva ou resolutiva) ou modal que visa a prestação de cuidados ao testador e as dúvidas quanto à sua admissibilidade. **3.2.** Distinção entre modo e condição na lição de Antunes Varela. **3.3.** O impacto diverso da falta de prestação de cuidados nas disposições testamentárias nas várias situações configuráveis e a consequente importância da sua distinção. **3.4.** Ilustração da dificuldade de distinção entre disposições condicionais e disposições modais que visam a prestação de cuidados ao testador em alguns casos concretos. **4.** Conclusão.

1. A RELEVÂNCIA DO PROBLEMA NA SOCIEDADE PORTUGUESA ATUAL

I. O envelhecimento da população é uma realidade particularmente visível em Portugal [1]. Por outro lado, embora a solidariedade entre as gerações não se tenha perdido, sofreu alterações consideráveis, que colocarão desafios importantes à sociedade num futuro próximo. Neste contexto, existe a preocupação de que venha a verificar-se uma falta de cuidadores informais para as pessoas idosas [2]. No âmbito da obtenção de cuidados para estas pessoas, a autodeterminação sucessória assume um papel relevante, em particular através da utilização do testamento [3]. Tendo em conta a menor disponibilidade dos

[1] Cfr. a informação resultante dos *Censos 21 — Resultados Definitivos* (informação à comunicação social), 23/11/2022 [disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=65586079&PUBLICACOESmodo=2 (consultado a 08/01/2025).

[2] Cfr. Leen Heylen / Dimitri Mortelmans / Jeroen Knaeps, "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", *in* Elisabeth Alofs / Wendy Schrama (eds.), *Elderly Care and Upwards Solidarity — Historical, Sociological and Legal Perspectives*, Cambridge / Antwerp / Chicago, Intersentia, 2020, pp. 23-43 (pp. 32, 42 e 43). A expressão "cuidador informal" é aqui utilizada no sentido de pessoa que, no âmbito de uma relação pessoal, presta cuidados e auxílio a uma pessoa que se encontra em situação de fragilidade ou incapacidade, de forma não remunerada e sem formação profissional para o efeito, e não no sentido jurídico, que resulta do art. 2.º do *Estatuto do Cuidador Informal*, aprovado pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, e dos arts. 5.º e 6.º do respetivo Decreto Regulamentar n.º 1/2022, de 10 de janeiro.

[3] Sobre o problema da importância da autodeterminação sucessória na prestação de cuidados a pessoas idosas, cfr. Daniel Morais, "Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas

membros da família para a prestação de cuidados informais, o testamento poderá surgir como um incentivo para prestação de tais cuidados por esses membros ou até por terceiros. As pessoas idosas sós a que se reporta este texto não têm de ser, necessariamente, pessoas que não têm família, tratando-se simplesmente de pessoas que, por não residirem com mais ninguém, precisam de cuidados e assistência nas tarefas do dia a dia.

II. Alguns autores nacionais estabelecem uma ligação entre o recurso ao testamento como forma de obtenção de cuidados e a existência de um sentimento generalizado de desconfiança e de receio relativamente à institucionalização em lares de terceira idade. Neste contexto, o testamento visa, normalmente, os membros da família [4–5]. Existe claramente uma diferença na prestação de cuidados informais consoante os cuidadores sejam ou não familiares da pessoa cuidada, na medida em que, ao contrário dos primeiros, estes últimos não aceitam facilmente prestar cuidados sem qualquer tipo de remuneração. De qualquer forma, pode afirmar-se que os testamentos em que o testador pretende que lhe sejam prestados cuidados e assistência pelos herdeiros instituídos ou pelos legatários nomeados têm considerável relevância prática, como pode ser comprovado pelo número apreciável de arestos que se debruçaram sobre os mesmos. Não

mayores en el derecho portugués", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 38 (julho de 2024), pp. 260-295, disponível em: https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2024/07/rBD_38.pdf (consultado a 8/01/2025)

4 Cfr. Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 20 (2024), pp. 848-869 (p. 850).

5 Por outro lado, os testamentos em beneficio dos cuidadores que não são familiares da pessoa cuidada são desaconselhados, por virtude da possibilidade de serem considerados inválidos por motivo de influência indevida. Aos benefícios que possam receber da pessoa cuidada, acrescem, eventualmente, os subsídios do próprio Estado, embora estes sejam sempre de valor pouco elevado. Pelo contrário, os cuidadores informais que são familiares da pessoa cuidada aceitam não receber qualquer compensação no momento da prestação de cuidados, mas são mais facilmente beneficiados em testamento. São estas as conclusões que resultam de um estudo que compara as transferências patrimoniais para os cuidadores em três países: Estados Unidos da América, Reino Unido e Israel [cfr. Adam Hofri-Winogradaw / Richard L.Kaplan, "Property transfers to caregivers: a comparative analysis", *Iowa Law Review*, 103 (2018), pp. 1998-2025 (pp. 2024-2025)].

significa isto que os pactos sucessórios institutivos não possam desempenhar um papel relevante neste âmbito; no entanto, a sua utilização na realidade portuguesa é rara. As dificuldades que os testamentos outorgados neste contexto suscitam são, fundamentalmente, de ordem interpretativa, pelo que nos centraremos neste ponto.

2. A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA A FAVOR DE PESSOA INCERTA QUE SE POSSA TORNAR CERTA MEDIANTE A PRESTAÇÃO DE CUIDADOS E ASSISTÊNCIA AO TESTADOR

I. Segundo Galvão Telles, resulta do art. 2187.º [6], relativo à interpretação do testamento e que se inspirou no art. 190.º do seu Anteprojeto, o seguinte: a) na interpretação das disposições testamentárias deve averiguar-se a intenção do testador, o que se traduz na adoção de uma interpretação subjetivista; b) na procura de tal intenção deve-se atender ao contexto do testamento, ou seja, à globalidade das disposições que o integram, o que significa que o texto do testamento não é suficiente; c) permitiu-se o recurso à prova complementar (auxiliar ou extrínseca), ou seja, o recurso a todos os meios de prova que permitam revelar a intenção do testador; d) a vontade do testador averiguada de acordo com as regras mencionadas não será relevante se não tiver no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa, o que tem um paralelo no que se refere à interpretação da lei (art. 9.º/2) e também no contexto dos negócios formais (art. 238.º/1) [7].

II. Por outro lado, a integração de lacunas do testamento só é admitida pela maioria da nossa doutrina com alguma cautela, ou seja, relativamente a aspetos que não sejam essenciais, atendendo ao caráter pessoal (art. 2182.º/1) e solene do ato. No entanto, a própria lei admite a integração de lacunas relativamente à identificação do beneficiário da disposição — ou seja, relativamente a um aspeto essencial do testamento — no art. 2185.º *in fine* quando o testamento é

[6] Todos os preceitos mencionados sem indicação da respetiva fonte pertencem ao Código Civil português.

[7] Inocêncio Galvão Telles, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 24-25.

feito a favor de pessoa incerta, se esta se puder tornar certa de algum modo. A disposição poderá, assim, ser feita de modo genérico em benefício da pessoa que cuidar do testador [8].

A integração de lacunas do testamento permitida pelo art. 2185.º coloca algumas dificuldades de concretização do critério que permitirá tornar a pessoa "certa", no caso das deixas feitas em benefício do cuidador do testador. De qualquer forma, resulta da nossa jurisprudência que se trata de cuidados de alojamento, de higiene, médicos, de vestuário, alimentação e convívio permanente, em que se visa compensar uma particular onerosidade suportada pelo efetivo cuidador, não relevando a prática pontual e secundária de atos de assistência e de auxílio, por exemplo, porque o testador esteve institucionalizado e não precisou de tais cuidados ou porque os cuidados se limitaram a algumas visitas no lar de terceira idade onde o *de cujus* foi internado, suportando, em ambos os casos, o testador o custo em causa [9].

A relação entre a disposição a favor de pessoa incerta mas que se pode tornar certa e a prestação de cuidados ao testador é tão próxima que, por exemplo, na *Ley de Derecho Civil de Galicia* (Lei 2/2006, de 14 de junho) o art. 203.º determina que:

> "1. Toda disposición a favor de persona incierta será nula, salvo que por algún evento pueda resultar cierta.
> 2. Será válida la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador".

A doutrina espanhola aponta, precisamente, os conflitos que podem surgir da aplicação desta regra, devido à necessidade de determinar quem tomou conta do testador. No entanto, a mesma considera que a pessoa incerta que teve o testador a seu cargo deverá ser

[8] Por todos, cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 235.

[9] Cfr. o ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/10/2015, Proc.º n.º 385/09.3TBVRL.G1 (Relator: Fernando Fernandes Freitas) e o ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 2/11/2017, Proc.º 362/11.4TJPRT.P1.S1 (Relator: Salazar Casanova), ambos disponíveis em: www.dgsi.pt. Bem como, o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 10/09/2015, Proc.º n.º 2695/06.2TBVLG.P1.S1 (Relator: Lopes do Rego), disponível em: https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2015:2695.06.2TBVLG.P1.S1.DA.

identificada atendendo à vontade subjetiva do testador e não apenas de forma objetiva, ou seja, deverá atender-se ao tipo de cuidados pretendidos pelo testador, pois qualquer outra interpretação colidiria com o caráter pessoal do testamento [10]. De qualquer forma, na ordem jurídica portuguesa, se do texto e do contexto do testamento resultar somente o critério para a identificação da pessoa incerta, sem mais elementos quanto à forma de concretização desse critério, terá necessariamente de se recorrer a um critério objetivo, visto que se trata efetivamente de uma integração legal de uma lacuna que constitui uma exceção ao caráter pessoal do testamento.

Outro problema apontado pelos autores espanhóis, prende-se com a possibilidade de existir um conflito de interesses entre o testamenteiro, que é responsável por determinar quem tomou conta do testador, e a pessoa que se considera com direito a reclamar o benefício. Deste regime legal retira-se que a nomeação de um testamenteiro, a quem caberá executar a disposição (art. 2320.º), será uma forma de atenuar as dificuldades na determinação da pessoa do cuidador, mas que não resolve todos os problemas em causa. Basta ver que, ao contrário do ocorre no direito foral galego, no direito português não existe qualquer norma que determine que a indicação da pessoa que cuidou do testador ou que teve este a seu cargo será feita pelo testamenteiro e, ainda que tal disposição existisse, a escolha do testamenteiro poderia ser sempre contestada, não sendo admissível uma escolha incontestável, à luz do caráter pessoal do testamento [11]. Caberá, por isso, em última instância, aos tribunais integrar a lacuna em causa, nos termos legalmente permitidos.

III. Acresce que, ainda à luz do caráter pessoal do testamento, não será admissível uma disposição testamentária em que o testador

[10] Cfr. Teodora F. Torres García / María Paz García Rubio: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 185-187.

[11] No referido art. 203.º da *Ley de Derecho Civil de Galicia* a indicação feita pelo testamenteiro é realizada sem prejuízo dos meios probatórios habituais (cfr. Antonia Nieto Alonso, "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas com discapacidad", *inDret*, 3, 2023, p. 233, disponível em: https://indret.com/clausulas-testamentarias-orientadas-a-garantizar-el-cuidado-de-personas-vulnerables-o-de-personas-con-discapacidad/ (consultado a 8/01/2025).

disponha que institui como seu herdeiro universal a pessoa que cuidar de um terceiro após a sua morte, visto que, à partida, o testador não terá qualquer influência na escolha de tal pessoa em concreto. Claro está que se poderá perguntar *quid iuris* nas situações em que o testador fizer uma disposição testamentária em benefício da pessoa que lhe vier a prestar cuidados e assistência até à sua morte se tal pessoa for escolhida pelo seu cônjuge, num momento em que o testador já não se encontra na posse das suas faculdades. Entendemos que, nesta situação, ainda se poderá dizer que a identificação da pessoa do beneficiário da deixa se pode reconduzir à vontade do testador, visto que a alteração das suas faculdades mentais foi uma mera contingência, sem a qual poderia ter sido ele a determinar a pessoa que lhe viria a prestar cuidados e assistência. Na realidade, presume-se que o testamento contém a última vontade da pessoa, ainda que, na realidade dos factos, após a sua feitura, o testador não tivesse tido mais a oportunidade de o revogar por ter a sua capacidade diminuída. Pelo contrário, configurar a cláusula de tal modo que resulte da mesma a impossibilidade absoluta de ser o testador a determinar a pessoa concreta do beneficiário será inadmissível à luz do caráter pessoal do testamento. Assim, ao identificar o beneficiário da deixa como a pessoa que vier a prestar cuidados a um terceiro após a sua morte, o testador nada mais faz do que uma proposta contratual na forma de testamento, visando a celebração de um contrato sinalagmático, em que a atribuição patrimonial realizada através do testamento surge como uma contrapartida da prestação de cuidados e assistência. Estaríamos perante um pacto sucessório institutivo a título oneroso, nulo, por aplicação do art. 2028.º/2. Pelo contrário, se o testador indicar as pessoas sobre as quais a escolha do cuidador desse terceiro deverá recair, a disposição seria inteiramente válida, se estiver em causa a nomeação de um legatário, à luz do art. 2182.º/2, al. b) [12].

IV. Na situação contemplada no art. 2185.º não nos encontramos perante disposições modais ou condicionais, que serão analisadas mais adiante. Na realidade, a referência à pessoa que cuidar do testador não visa limitar a atribuição em causa, nem submetê-la a uma condição; por isso, se ninguém prestar os referidos cuidados ao testador, a disposição será nula. Pelo contrário, se nos encontrarmos perante

[12] Cfr. Daniel Morais, *Direito Sucessório — Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 76-77.

um encargo, o respetivo incumprimento não terá necessariamente um reflexo na eficácia da disposição. Por último, a não verificação da condição suspensiva ou a verificação da condição resolutiva implicará necessariamente a ineficácia do ato e não a sua invalidade.

Embora haja uma distinção clara entre as disposições contempladas no art. 2185.º e as disposições condicionais e modais, nem sempre a nossa jurisprudência marca a respetiva distinção com a clareza que seria desejável. Veja-se, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/09/2015, já mencionado em nota anterior. Na disposição testamentária analisada pelo tribunal a testadora declarou que:

— "Institui sua única e universal herdeira a pessoa que há mais de um ano esteja a cuidar dela testadora e à data da sua morte. Caso não haja ninguém nessas condições, institui sua única e universal herdeira a Obra do Padre Américo, conhecida por Casa do Gaiato".

Trata-se, claramente, de uma disposição a favor de uma pessoa incerta, que se podia tornar certa, prevista no art. 2185.º. No entanto, o tribunal considerou que:

— "Estamos no âmbito de um testamento que *contém uma cláusula modal*, através da qual a testadora disponente impõe ao beneficiário da liberalidade um encargo, isto é, a obrigação imposta ao beneficiário de uma atribuição patrimonial de adoptar um certo comportamento no interesse dela própria disponente".

Ao que acrescentou, ainda, no sumário do acórdão que:

— "Não ofende o critério normativo estabelecido no art. 2182º do CC para a interpretação das disposições testamentárias o entendimento segundo o qual *a cláusula modal em que se condiciona* a instituição de herdeiro único e universal ao facto de o instituído ter cuidado da testadora no último ano de vida desta implica a intenção de beneficiar quem lhe haja prestado os últimos cuidados de alojamento, de higiene, médicos, vestuário e alimentação e convívio permanente" (itálico nosso).

Ou seja, nesta decisão, salvo melhor opinião, o Supremo Tribunal de Justiça não fez uma distinção clara entre uma disposição modal

e uma disposição feita em benefício de uma pessoa incerta mas que se pode tornar certa de algum modo. Ficam, assim, ilustradas as dificuldades interpretativas que as disposições em causa suscitam.

V. É, igualmente, de salientar que uma disposição a favor de uma pessoa incerta não é o mesmo que uma disposição a favor de uma pessoa indeterminada. Segundo nos ensinam Pires de Lima / Antunes Varela [13], pessoas incertas são pessoas que não são designadas pelo seu nome, o que pode abranger, acrescentamos nós, tanto pessoas determinadas (ou seja, o critério reporta-se a um facto passado ou presente: "deixo a minha casa em Cascais à pessoa que tem estado a cuidar de mim e a acompanhar-me") quanto pessoas indeterminadas (o critério em causa somente poderá ser concretizado após a realização do testamento: "deixo a minha casa em Cascais ao meu filho que vier a cuidar de mim e a acompanhar-me na minha velhice").

Outro aspeto que merece ser destacado é o de que, se estiver em causa uma disposição a favor da pessoa que vier a cuidar do testador e a prestar-lhe assistência (*i.e.* uma pessoa indeterminada no momento da feitura do testamento), a mesma não poderá beneficiar várias pessoas, se o testador pretendeu apenas contemplar uma só pessoa. Assim, se não for possível identificar, de entre os diversos "candidatos", por assim, dizer, quem prestou cuidados ao testador no sentido que este pretendia, porque diversas pessoas o fizeram em igual medida — na impossibilidade de se tornar certa a pessoa, a disposição será nula. É o que ensinam os mesmos autores, embora reportando-se ao seguinte exemplo: o testador lega a sua espingarda de caça ao seu "irmão José", tendo o mesmo dois irmãos com esse nome, sendo que ambos eram seus companheiros de caça, ao que acresce que tinha prometido a ambos legar a sua espingarda enquanto era vivo. Neste caso, os ilustres comentadores advogam que a disposição deve considerar-se nula não podendo atribuir-se a espingarda a ambos os irmãos com o argumento de que essa solução estaria seguramente mais próxima da vontade conjetural do testador, do que o recurso às regras da sucessão legítima [14].

[13] Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI (arts. 2024.º a 2334.º), Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 299 (anotação ao art. 2185.º).

[14] Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI (arts. 2024.º a 2334.º), cit., pp. 300-301. Como lugar paralelo, no âmbito dos deveres paternofiliais (art. 1874.º), veja-se que ao cumprimento do dever de auxílio, na

Assim, neste âmbito, a determinação daquele que cuidou em concreto do testador é essencial para o cumprimento da sua última vontade, o que dependerá, fundamentalmente, da prova complementar apresentada. Embora se trate de um caso em que estava em causa uma disposição modal, numa decisão de 1/12/2020, o Tribunal Superior de Justiça da Galiza [15], analisou uma situação em que, nos seus testamentos, os progenitores deixavam àquele filho que lhes prestasse assistência, vivendo em sua companhia até ao falecimento de ambos, "los tercios de libre disposición y de mejora de sus herencias". Os demandantes eram quatro irmãos que pretendiam que a disposição testamentária fosse considerada ineficaz por incumprimento da "condição" (qualificação que o tribunal recusou) mencionada no testamento, pois consideravam que, tanto eles, quanto os restantes três filhos, demandados na ação, tinham cuidado dos seus progenitores e que nenhum deles cumpria a condição estabelecida no testamento, pelo que deveriam ser todos considerados herdeiros em partes iguais. Embora tenha invocado os arts. 203.º e 204.º da *Ley de Derecho Civil de Galicia*, o tribunal concluiu que estes não eram aplicáveis, porque estava em causa uma disposição modal e, ainda que se tratasse de uma disposição condicional, a condição seria suspensiva, pelo que não se lhe aplicaria o art. 204.º que se reporta apenas a condições resolutivas de prestação de cuidados. Foi, deste modo,

situações em que uma pessoa idosa tem diversos filhos, não poderá ser aplicado por analogia o disposto no art. 2010.º relativamente à pluralidade de obrigados a uma prestação de alimentos, visto que a natureza pessoal da prestação em causa impede que a mesma se reparta pelos diversos filhos na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos, ao contrário do que dita o referido preceito para a prestação de alimentos, atendendo ao seu caráter pecuniário, ainda que os alimentos possam ser prestados em casa e companhia, de forma subsidiária, se aquele que os presta não o puder fazer na forma de uma pensão (art. 2005.º/2). Deste modo, o cumprimento do dever de auxílio não poderá imposto de forma dividida pelos diversos filhos, ainda que, na realidade do Sul da Europa, nomeadamente, em Portugal, se verifique a existência da prática de partilhas de funções entre diversos cuidadores [Paula Távora Vítor, "O dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae*, ano 5, n.º 10 (2008), pp. 41-62 (p. 54)]. Do mesmo modo, no art. 2185.º, se a vontade do testador foi instituir como herdeiro ou nomear como legatário aquele que lhe vier a prestar cuidados, a disposição visa apenas uma pessoa e não uma pluralidade de pessoas, tendo de se respeitar a referida vontade.

[15] STSJ Galicia 33/2020, de 1/12/2020, disponível em: https://vlex.es/vid/857114998 (consultado a 8/01/2025).

confirmada a decisão recorrida, pois ficou demonstrado que um dos filhos, Blas, tinha cuidado dos seus progenitores com quem conviveu até ao momento do falecimento de ambos.

3. AS CLÁUSULAS CONDICIONAIS E MODAIS COM VISTA À OBTENÇÃO DE CUIDADOS E ASSISTÊNCIA AO TESTADOR

3.1. As particularidades da disposição condicional (suspensiva ou resolutiva) ou modal que visa a prestação de cuidados ao testador e as dúvidas quanto à sua admissibilidade

I. Tanto a instituição de herdeiro quanto a nomeação de legatário podem ser sujeitas a encargos/modos (art. 2244.º); por outro lado, as doações também podem ser modais (art. 963.º/1). A cláusula modal implica a imposição de um dever jurídico sobre o beneficiário da liberalidade. Pode discutir-se se tal dever tem de ser necessariamente patrimonial, nomeadamente, tendo em conta o art. 963.º/2, que, em matéria de doações modais, faz uma ligação entre o cumprimento do encargo e o valor da coisa ou direito doado, bem como o art. 2276.º, aplicável aos legados testamentários. No entanto, daqui não resulta necessariamente a patrimonialidade do encargo, nomeadamente, tendo em conta o art. 398.º que determina que a prestação não tem de ter um valor patrimonial, ainda que deva corresponder a um interesse sério e legítimo (art. 398.º/2). Daqui se conclui que o encargo também pode ter uma natureza pessoal, nomeadamente, no que se refere à prestação de cuidados e assistência ao disponente [16].

II. Também se pode apontar que o modo se traduz numa limitação da liberalidade que é feita ao beneficiário, o que não significa que a fonte patrimonial de que se socorre tal beneficiário tenha de ser o próprio bem doado, sendo tal fonte irrelevante para a qualificação de uma disposição como modal [17]. Esta limitação na atribuição patrimonial

[16] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil — Contratos em especial (1.ª parte): compra e venda, doação, sociedade, locação,* Coimbra, Almedina, 2018, p. 456; e Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", *O Direito*, ano 122 (1990), III-IV (julho-dezembro), pp. 673-744 (pp. 688-689).

[17] Cfr. António Menezes Cordeiro, *ibid.;* e Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., p. 697.

a favor do beneficiário de uma liberalidade leva a doutrina a discutir se não estaremos antes perante negócios onerosos; no entanto, a distinção entre as atribuições modais e os negócio onerosos é clara se se tiver em conta que o cumprimento do encargo não configura uma contrapartida da atribuição patrimonial do disponente, visto que o ato tem de ser analisado pelo prisma da motivação do mesmo e atendendo à sua causa. Deste modo, deve procurar aferir-se se houve uma intenção de beneficiar patrimonialmente o donatário/sucessor e, se a resposta for negativa, o ato deverá ser qualificado como oneroso. Se, pelo contrário, se verificar que existe tal intenção, estaremos perante um ato gratuito, ainda que com a limitação que decorre do próprio encargo [18]. Nesta perspetiva, a disposição modal não depende tanto da medida do enriquecimento do respetivo beneficiário, quanto da própria intenção do disponente, o que significa que bastará um pequeno enriquecimento patrimonial para caraterizar o contrato como uma doação, por exemplo, ou como um contrato a título gratuito, no caso do testamento. O facto de o cumprimento do encargo ser o objetivo essencial do disponente, mesmo que o enriquecimento patrimonial seja diminuto, não implica a sua descaraterização, nomeadamente, como doação, visto que o modo somente configura uma cláusula acessória porque não concorre para a perfeição do contrato, pois não constitui um elemento essencial do mesmo. Isto significa que a combinação de vários objetivos na doação é possível, ainda que o *animus donandi* tenha de estar sempre presente. A própria lei portuguesa confirma esta ideia no art. 966.º, quanto às doações, no que se refere ao regime da resolução do contrato por incumprimento do encargo, pois o legislador admite que o cumprimento do encargo tenha um valor essencial para o doador, o mesmo resultando do art. 2247.º quanto ao testador. No entanto, se o encargo fosse o fim único do contrato, não haveria necessidade de a possibilidade de resolução estar prevista no contrato para que a mesma fosse possível [19]. Assim, o que distingue as doações modais e

[18] Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., pp. 718-719. A este propósito, Antunes Varela afirma, relativamente às doações modais, que o modo "necessita de constituir uma simples *limitação* ou uma pura *restrição* da atribuição (donativa) percebida pelo onerado: não uma *contraprestação* , e, muito menos, um *correspetivo* dela" (João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, s.l., Atântida, 1955, p. 282).

[19] Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., p. 725, e pp. 728-732. Ainda sobre o caráter acessório do modo, afirma Menezes Cordeiro que o encargo não constitui algo separado do negócio de doação em si mesmo,

as disposições testamentárias modais daquelas que são puras é, precisamente, a natureza complexa da vontade do doador, que não tem somente uma intenção de *dare*, mas também visa uma finalidade diversa com a doação, o que resulta da própria prestação que recai sobre o beneficiário da liberalidade [20].

III. O testador também pode sujeitar a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário a uma condição suspensiva ou resolutiva (art. 2229.º). A cláusula modal distingue-se da condição suspensiva, na medida em, nesta última, a produção dos efeitos do ato fica dependente da verificação de um evento futuro e incerto (art. 270.º), o que não ocorre nas atribuições modais. Por isso se afirma que "*a condição suspende mas não obriga*, quando é certo que *o modo obriga mas não suspende*" [21]. Alguns autores salientam que, na cláusula modal, não se verifica a referida suspensão, tendo em conta que se dá a prévia produção dos efeitos do negócio [22].

Por outro lado, no que se refere à condição resolutiva, existe uma forte proximidade com os encargos, sendo a estipulação negocial da possibilidade de resolução do contrato, ou a estipulação dessa possibilidade no próprio testamento em caso de incumprimento, vista como uma condição resolutiva, por alguns autores, embora neste caso o regime seja, supostamente, mais restritivo, pois não opera automaticamente [23]. De forma algo diferente, outros autores demarcam ambas as realidades afirmando que "o modo obriga mas não resolve (só autoriza a revogação); a condição resolutiva resolve mas não obriga" [24]. *Na realidade, em ambas as posições, o traço distintivo reside no regime particular de resolução das disposições modais.*

existindo, pelo contrário, uma vontade única modal. A referência ao seu caráter acessório resulta da tradição, tal como acontece relativamente à condição e ao termo [António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil — Contratos em especial (1.ª parte): compra e venda, doação, sociedade, locação*, cit., pp. 458-459].

20 Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., pp. 722-723.

21 Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II — Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 394.

22 Cfr. os autores citados por Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., p. 736, nota 171. Trata-se de um ponto a que voltaremos mais adiante.

23 Maria do Rosário Palma Ramalho, "Sobre a doação modal", cit., p. 737.

24 Manuel de Andrade, *ibid*.

IV. O recurso a uma disposição condicional ou a um encargo afigura-se uma forma particularmente adequada à obtenção de cuidados informais para o testador por parte dos seus familiares mais próximos, ou seja, naquelas situações em que o testador sabe quem pretende que lhe preste tais cuidados. No entanto, existem algumas particularidades no que se refere ao encargo ou à condição de cuidar do testador e de lhe prestar assistência quando os mesmos resultam de uma cláusula testamentária.

No que se refere à condição suspensiva, tais particularidades resultam do facto de não ocorrer uma período de pendência da condição, porque os efeitos do testamento não ficam suspensos. De facto, tratando-se de um ato *mortis causa*, se os cuidados e a assistência ao testador não se chegaram a verificar, a disposição simplesmente nunca chega a produzir os seus efeitos e se tais cuidados e assistência se verificaram, no momento da morte já se sabe que a condição se verificou [25].

E poderá a condição de cuidar e de prestar assistência ao testador ser resolutiva? Alguns autores consideram que, por natureza, a resposta será negativa, sendo a condição, neste caso, sempre suspensiva, ainda que de modo impróprio, pois verifica-se uma ausência de período de pendência [26]. No entanto, não se vislumbra nenhum motivo para esta afirmação: tanto a disposição sob condição suspensiva apresenta a particularidade da ausência de um período de pendência, quanto a disposição sob condição resolutiva tem a especificidade de tanto a produção de efeitos da atribuição patrimonial *mortis causa*, quanto a sua resolução operarem em simultâneo, pois já se sabe, no momento da morte do testador, se os cuidados pretendidos se verificaram ou não.

Aparentemente, no sentido da admissibilidade da condição resolutiva no âmbito da prestação de cuidados e de assistência ao testador aponta, no direito foral galego, o art. 204.º da *Ley de Derecho Civil de Galicia*:

> "También será válida la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o

[25] Salienta este aspeto Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", cit., p. 856.

[26] Dá-nos nota desta posição a que parece aderir, Antonia Nieto Alonso, "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas com discapacidad", cit., p. 232.

> cónyuge. Si el testador designara testamentero, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria".

No que se refere aos encargos em benefício do testador, a sua particularidade reside no facto de a prestação ter de ser realizada antes de a atribuição patrimonial *mortis causa* produzir os seus efeitos, aspeto que leva alguns autores a excluir a admissibilidade de um encargo nestes termos. Num parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado (Proc.º C. N. 41/2012, SJC-CT), de 26/06/2013, este considerou que se deve qualificar como condição suspensiva a instituição pelo testador, de uma pessoa como única e universal herdeira "*com o encargo de lhe prestar assistência, provendo à sua alimentação, vestuário e tratamento necessários*" [27]. O Conselho reconheceu que, sendo o testamento público, não se pode ignorar que o notário é um perito que não desconhece o sentido jurídico da palavra "encargo" e que oferece a garantia de saber expressar corretamente a vontade da testadora, pelo que se tem de presumir que aquela se soube exprimir em termos adequados. No entanto, ao contrário do que seria expectável, a conclusão foi no sentido da qualificação da cláusula como uma disposição condicional. Para tanto, argumentou que, sendo o testamento um ato *mortis causa*, um encargo de cuidar do testador apenas poderia ser cumprido após a sua morte, o que seria naturalmente impossível e conduziria à resolução da disposição. Assim, não faria sentido qualificar a disposição como modo, o que apontaria para a sua qualificação como condição suspensiva. Para tanto, o Conselho sustentou-se na posição de Carvalho Fernandes no sentido de que, fica excluída pela natureza das coisas que o encargo possa ser imposto a favor do próprio autor da liberalidade, a não ser no sentido moral (rezar missas, perpetuar a memória, a favor da alma, art. 2224.º) [28].

---

[27] Disponível em: https://irn.justica.gov.pt/Sobre-o-IRN/Doutrina-registal/Pareceres-do-Conselho-Consultivo (consultado a 8/01/2025)..

[28] Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid iuris, 2012, p. 528. Na doutrina estrangeira, no mesmo sentido, veja-se, por exemplo, Ana Díaz Martínez, "El incumplimiento de la obligación de cuidar al disponente o a terceros impuesta en donaciones y pactos sucesorios", *in* Helena Mota / Maria Raquel Guimarães (org.), *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 249-268 (p. 250, nota 2).

Em nossa opinião, salvo o devido respeito, a posição acima referida limita a liberdade testamentária de uma forma injustificada e que não atribui o devido peso ao tempo que pode mediar entre a realização do testamento e a morte do seu autor, com a produção dos efeitos *mortis causa*. Não se compreende o que impede o beneficiário da disposição de cumprir o encargo se lhe for dado conhecimento do teor do testamento antes da morte do testador. Seguindo aquela linha de raciocínio, a disposição também não poderia ser condicional, atendendo à ausência de um período de pendência.

Em suma, verifica-se que as particularidades do encargo, bem como, da condição (suspensiva ou resolutiva) de prestar cuidados ao testador não devem ser invocadas para sustentar a sua inadmissibilidade.

3.2. A distinção entre modo e condição na lição de Antunes Varela

I. Apesar da dificuldade de distinção entre as situações em que a prestação de cuidados e assistência ao testador configura um encargo, uma condição suspensiva ou uma condição resolutiva, e embora existam divergências quanto à admissibilidade de algumas destas situações, é na lição de Antunes Varela que vamos encontrar critérios seguros para distinguir o modo e a condição, ainda que o autor se reporte às doações modais. Note-se que tais critérios têm inteira validade no que se refere às disposições testamentárias.

Comecemos pelas conclusões do autor: o modo e a condição não são propriamente conceitos antagónicos, mas figuras que se podem sobrepor; não se apresentam como tangenciais, mas, como "circunscrições conceituais *interferentes* uma na outra" [29]. Agudiza-se deste modo a interpretação das cláusulas testamentárias em que o testador visa a obtenção de cuidados e de assistência para a sua pessoa. De qualquer forma, como critério de identificação de um modo aponta o facto de existir uma prestação imposta ao donatário que constitui uma simples limitação ou uma restrição da atribuição e não uma contraprestação da mesma.

II. Antunes Varela também salienta que a função de correspetivo pode caber, tanto às atribuições patrimoniais impostas através de uma obrigação em sentido técnico, quanto através de atribuições

[29] João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, cit., p. 286.

patrimoniais ligadas a outras por um "nexo mais frouxo", como é o caso da condição. Deste modo, a função específica do modo poderá ser assegurada através de uma obrigação mas também por meio de uma condição em sentido técnico. Não existem dúvidas que o modo e a condição podem encontrar-se simultaneamente na mesma prestação, por exemplo, na situação em que A doa a B ações de uma sociedade tendo o donatário a "obrigação" de utilizar durante um certo número de anos uma parte dos seus dividendos para fins de beneficência, determinando, também, que, se o donatário não cumprir tal "obrigação", a doação caducará na sua totalidade.

Para o autor cujo pensamento analisamos, na situação acima referida, apesar da cominação invulgar determinada pelo doador em caso de incumprimento da prestação, a mesma continua a constituir uma simples limitação ou restrição da liberalidade, ou seja, ainda nos encontramos perante um modo. No entanto, Antunes Varela hesita nas situações em que a condição resolutiva mencionada no exemplo seja eficaz, não apenas para as situações em que o incumprimento seja imputável ao onerado, mas também nas situações de caso fortuito ou de força maior. Sem dar uma resposta definitiva, apesar de salientar o seu caráter "duvidoso", o jurista conclui que, embora raras, as situações acima mencionadas, em que o modo coexiste com uma condição resolutiva, não são "hipóteses inteiramente inconcebíveis", tratando-se muito menos "duma possibilidade teoricamente inadmissível" [30].

Esta possibilidade de sobreposição não inutiliza o conceito de modo, como se bastasse o recurso à noção de condição para fundamentar a imposição de uma prestação ao donatário e a aplicabilidade das regras das atribuições a título gratuito a estes casos. Na realidade, podendo a imposição de uma condição justificar a qualificação do ato como oneroso, seria necessário fundamentar previamente a sua qualificação como ato a título gratuito, perante a existência de uma imposição indireta da prestação ao donatário e tal fundamentação resulta do facto de a prestação representar somente uma limitação na atribuição e não o seu correspetivo, ou seja, tal justificação resulta do conceito de modo [31]. *Perante as hesitações do ilustre civilista, fica, deste modo, claro que a fronteira entre o modo e a condição resolutiva deve ser*

[30] Cfr. João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, cit., pp. 282-284.

[31] Cfr. João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, cit., p. 284

traçada no facto de não se poder apontar a existência de um incumprimento da prestação na disposição modal, se este não for imputável ao beneficiário da atribuição. Tudo dependerá de saber se o disponente pretende somente limitar a atribuição através do modo, ou se pretende que a respetiva eficácia cesse devido à verificação de determinado facto futuro e incerto.

III. Na lição de Antunes Varela também nos interessa particularmente a forma como o ilustre civilista analisa a afirmação comum relativa ao modo e à condição suspensiva, de que "o modo obriga mas não suspende; a condição suspende mas não obriga", concluindo que, ainda que na maioria dos casos o encargo seja posterior à doação, "a relação de *sucessividade* ou de *posterioridade*, sendo, sem dúvida, um carácter normal, não é todavia, um elemento essencial do *modo*". Na realidade, o autor remete-nos para a "simples Razão", para concluir que não há qualquer ligação lógica necessária entre a ideia fundamental sobre a qual assenta o conceito de modo, por contraste com a noção de correspetivo, e a ideia de posterioridade do encargo. Assim, conclui-se que, se a posterioridade não é um elemento essencial nas *doações* em vida modais, também não se vê porque teria de o ser nas disposições *mortis causa* com encargos [32]. Afastamos, deste modo, a tese de Carvalho Fernandes, acima mencionada, e que foi seguida no parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado.

Para sustentar a posição acima mencionada, o autor aponta os seguintes exemplos práticos: A doa ao Estado uma riquíssima coleção de obras de arte, mas sob condição de o Estado adquirir, *posteriormente*, uma nova sala no Museu a que ela se destina, para aí ser devidamente exposta e conservada, ou sob condição de o Estado aumentar, *preliminarmente*, de duas unidades o quadro do seu pessoal menor. Ou ainda, B doa um cavalo da raça a C, mas tendo este de adquirir outro cavalo da mesma raça para emparceirar com o primeiro. Para Antunes Varela, estamos perante situações que se incluem na categoria dos encargos, embora, numas, o encargo seja cumprido após a atribuição e, noutras, o encargo seja cumprido anteriormente.

Desta forma, verifica-se que, nos encargos, a prestação pode ter de ser cumprida antes de se verificar a atribuição patrimonial o que

[32] Cfr. João de Matos Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, cit., p. 285.

permite concluir que uma disposição testamentária que visa a prestação de cuidados e assistência ao testador poderá ser modal. A possibilidade de a função específica do modo ser assegurada através de uma condição em sentido técnico e, logo, o caráter sobreponível dos dois conceitos levam-nos a concluir, mais uma vez, que, o principal critério para distinguir se nos encontramos perante uma disposição modal ou condicional dependerá da resposta à questão de saber se o disponente pretendeu meramente limitar a atribuição ou se pretendeu fazer os respetivos efeitos dependerem da verificação de um facto futuro e incerto.

3.3. O impacto diverso da falta de prestação de cuidados nas disposições testamentárias nas várias situações configuráveis e a consequente importância da sua distinção

I. As particularidades das disposições condicionais ou modais que visam a prestação de cuidados ao testador ilustram bem as dificuldades interpretativas que as mesmas suscitam, o que nos parece apontar para uma relevância acrescida neste âmbito das disposições aplicáveis em caso de dúvidas insanáveis de interpretação da disposição testamentária, embora estejamos perante um aspeto que não será aprofundado neste texto[33]. *Acresce que a qualificação da disposição tem relevantes consequências, não só numa ótica patrimonial, relativamente ao beneficiário da atribuição, mas também numa perspetiva pessoal, no que se refere à proteção das pessoas idosas, em particular, atendendo a que as disposições testamentárias podem ser uma forma de potenciar a prestação de cuidados ao testador, que será tanto mais forte quanto maior forte a dependência da eficácia do ato da efetiva prestação de cuidados.*

II. Para o beneficiário da atribuição patrimonial, a qualificação da disposição como condicional ou modal também terá consequências importantes se o cumprimento se tornar impossível por motivos que não lhe sejam imputáveis. Resulta do art. 2247.º que, se o herdeiro ou o legatário não satisfizerem os encargos, qualquer

[33] A questão será por nós abordada noutro texto intitulado: "Encargo ou condição de prestar cuidados ao testador? Interpretação do testamento, prova complementar e critério interpretativo em caso de dúvida", que será publicado no *Liber Amicorum* Professor Doutor Guilherme de Oliveira.

interessado poderá exigir o seu cumprimento. Por outro lado, qualquer interessado também poderá exigir a resolução da liberalidade em caso de incumprimento se o testador assim o tiver determinado ou se se puder concluir do testamento que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento (art. 2248.º/1). Este último aspeto de regime marca uma distinção importante entre o incumprimento do encargo e o não preenchimento da condição: é que o incumprimento do encargo não implica, como efeito necessário, a ineficácia da disposição testamentária, somente conferindo o direito de pedir a respetiva resolução, caducando esse direito passados cinco anos sobre a mora no cumprimento do mesmo e, em qualquer caso, decorridos vintes anos sobre a abertura da sucessão (art. 2248.º/3). Recorde-se, no entanto, o art. 275.º/2 nos termos do qual, se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada, e se for provocada por aquele a quem aproveita, tem-se como não verificada [34].

III. A propósito das doações modais (art. 963.º), consideramos que, no caso de prestação de auxílio e cuidados a pessoas idosas se pode presumir que o encargo é essencial para a realização da doação, pelo que deveria haver uma regra especial nesse sentido [35]. Pelo contrário, o art. 966.º somente contempla a possibilidade de resolução da doação por incumprimento do encargo quando esse direito seja conferido pelo contrato, algo de que, frequentemente, as pessoas idosas não têm consciência. Do mesmo modo, ainda que se conclua no sentido de que o dever de cuidar do testador configura um encargo na cláusula testamentária em concreto, em caso de dúvida, dever-se-á presumir que a disposição não teria sido mantida sem o encargo, para efeitos de aplicação do art. 2248.º/1, pelo menos na situação em que o beneficiário da disposição não é um familiar próximo do testador. Trata-se de uma disposição em que se procura a vontade conjetural do testador [36]. Note-se, ainda, quanto a este

[34] Assim, por exemplo, se a tia instituir os seus sobrinhos no testamento sob condição de estes cuidarem dela e estes tiverem dispostos a acolhê-la, mas a sua irmã o impedir, levando a testadora para um lar de idosos, fazendo com que a condição não se cumpra, esta deve ter-se por cumprida.

[35] Cfr Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Princípia, 2016, pp. 617-618.

[36] Cfr. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI (arts. 2024.º a 2334.º), cit., p. 392 (anotação ao art. 2248.º).

aspeto, que, frequentemente, as pessoas recorrem aos negócios gratuitos neste âmbito quando, por vezes, o que pretendem seria celebrar um negócio oneroso de prestação de cuidados a troco de uma atribuição *mortis causa*, que a lei não permite, pois constituiria um pacto sucessório institutivo a título oneroso, nulo, por aplicação do art. 2028.º/2. De qualquer forma, temos sustentado a admissibilidade de um contrato atípico de assistência tendo como contrapartida a atribuição de um imóvel com reserva de propriedade até ao momento da morte do disponente [37].

IV. Ainda no que se refere à resolução da disposição modal, deve-se considerar que a mesma só pode operar perante um incumprimento culposo do encargo, hipótese referida em que Antunes Varela se mostrava hesitante. Pelo contrário, se o dever de cuidar configurar uma condição suspensiva, a ausência de prestação de cuidados, independentemente do seu motivo, implica que a disposição testamentária não produzirá os seus efeitos. Isto significa que, no caso frequente de o testador decidir passar a residir num lar de idosos, se estiver em causa uma disposição testamentária modal, a sua resolução não será possível, na medida em que o incumprimento do encargo não foi imputável ao sucessor testamentário. Neste caso, o mesmo ter-se-á por cumprido se o sucessor fizer visitas regulares ao testador, tendo providenciado pelo seu bem-estar [38]. Pelo contrário, se se tratar de uma disposição condicional, a mesma não produzirá os seus efeitos, a não ser que seja de concluir da sua interpretação que os cuidados apenas tinham de ser prestados se o testador precisasse deles.

---

[37] Daniel Morais, "Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el derecho portugués", cit., pp. 287-288.

[38] Cfr. Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", cit., pp. 856-857. No mesmo sentido, na doutrina espanhola, cfr. Ana Díaz Martínez, "El incumplimiento de la obligación de cuidar al disponente o a terceros impuesta en donaciones y pactos sucesorios", cit., p. 265. A autora salienta que, quando o disponente seja institucionalizado num lar, a prestação de cuidados deve adaptar-se às novas circunstâncias, traduzindo-se em visitas com a frequência que a situação pessoal do cuidador permita, pedidos de informação frequente aos responsáveis do lar e companhia em momentos pontuais, como visitas médicas externas ou internamentos hospitalares.

3.4. Ilustração da dificuldade de distinção entre disposições condicionais e disposições modais que visam a prestação de cuidados ao testador em alguns casos concretos

I. Um primeiro exemplo de uma certa falta de clareza que parece resultar das decisões /pareceres que analisam a distinção acima referida, resulta do parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado(Proc.º C. N. 41/2012, SJC-CT), de 26/06/2013, que foi anteriormente mencionado. De facto, mesmo reconhecendo que o teor do testamento, nomeadamente a letra, apontava no sentido da qualificação da disposição testamentária como modal, o Conselho concluiu que se tratava de uma disposição condicional.

II. Um segundo exemplo é analisado por Diana Leiras [39], concluindo que nos encontramos perante uma disposição testamentária condicional:

> "– Instituo como meu herdeiro universal, em todos os meus bens, direitos e ações, o meu sobrinho X…, com a obrigação de me cuidar e assistir até ao meu falecimento, dispensando-me toda a classe de cuidados, sendo o mesmo substituído em caso de premoriência, ou de não poder ou não querer aceitar a herança, por aquele dos seus descendentes que esteja disposto a cumprir ou continuar a cumprir a obrigação imposta".

A autora considera que "interpretando esta cláusula, que contém uma substituição direta (arts. 2281.º a 2285.º do CC), conclui-se que a vontade do testador era a de beneficiar quem lhe prestasse cuidados e assistência até ao seu falecimento (o seu sobrinho X ou qualquer um dos descendentes deste, e não necessariamente aquele). Dado que a efetiva realização da prestação de cuidar e assistir o testador condiciona diretamente a eficácia da instituição sucessória, aquela prestação consubstancia, notoriamente, uma condição testamentária".

Trata-se de uma conclusão e de uma disposição que nos suscitam dúvidas. Será que a existência de uma substituição direta em benefício de "aquele dos seus descendentes que esteja disposto a cumprir

[39] Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", cit., pp. 860-861.

ou continuar a cumprir a obrigação imposta", implica necessariamente a qualificação da disposição como condicional, visando o testador beneficiar da prestação de cuidados mais do que contemplar especificamente o seu sobrinho X? Parece-nos difícil sustentar que, sempre que existe uma substituição direta relativamente a uma instituição como herdeiro ou a uma nomeação como legatário com a "obrigação" de prestar cuidados ao testador, mais do que beneficiar o substituído, o testador pretende condicionar a produção de efeitos da disposição testamentária à efetiva prestação de cuidados somente pelo facto de tal obrigação também recair sobre os seus substitutos diretos, em particular, se o substituído for um familiar próximo do testador ou alguém com quem este mantém uma relação próxima [40]. Na realidade, nas disposições em causa nem se pode dizer que a obrigação que recai sobre o substituído também recai sobre os seus substitutos, visto que a disposição em benefício destes últimos não é modal, tratando-se, pelo contrário, de uma substituição direta em beneficio de uma pessoa incerta mas que se pode tornar certa (assim, não estamos perante uma "obrigação", mas perante um "critério" de identificação dos substitutos diretos). Ficando vincado, através da interpretação do testamento, que a prestação de cuidados ao testador foi um aspeto a que esta deu um certo grau de importância, não se retira daí necessariamente que a disposição testamentária seja condicional; basta ver que a essencialidade para o testador do cumprimento da prestação também é importante no regime aplicável às disposições testamentárias modais, para aferir da possibilidade de pedir a sua resolução (art. 2248.º/1).

Na disposição testamentária em análise, a palavra "obrigação", utilizada por duas vezes, aponta para a qualificação da disposição como modal (uma "obrigação" não é uma "condição"). Por outro lado, Diana Leiras — que tem o mérito de ter feito uma análise aprofundada de alguns dos problemas suscitados pelas disposições testamentárias em análise — parece deixar-se impressionar pela disposição em benefício dos substitutos, que se aproxima de facto de uma condição — veja-se a proximidade entre a disposição condicional e a situação contemplada no art. 2185.º — ao analisar a disposição em benefício do próprio substituído; no entanto, não se considera que

[40] Note-se que os substitutos não têm necessariamente de suceder nos mesmos direitos e obrigações em que sucederiam os substituídos, como resulta da ressalva da parte final do art. 2284.º

ambas tenham de ser qualificadas da mesma forma e nem a ponderação do contexto do testamento nos parece implicar necessariamente a conclusão a que chegou no sentido da qualificação das mesmas como disposições condicionais. É que a posição ocupada pelos substitutos não tem de ser necessariamente idêntica àquela que o substituído ocuparia, como já referimos em nota anterior. Em nossa opinião, a utilização da palavra "obrigação" levanta a dúvida legítima de saber se estaremos perante uma disposição modal ou perante uma disposição condicional, dúvida essa que o mero texto e contexto do testamento não permitem ultrapassar. Na ausência de prova complementar disponível para superar o impasse, teríamos de concluir que nos encontramos perante uma dúvida insanável na interpretação da disposição testamentária.

III. Um terceiro exemplo resulta do acórdão do STJ, de 26/11/2020[41], em que o tribunal considerou que:

> «Constitui uma cláusula modal ou encargo a disposição testamentária segundo a qual a instituição de herdeiro universal "*ficará dependente da instituída ter cuidado do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos, se necessário, tendo carácter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados ou não o sejam até à sua morte*"».

A qualificação da disposição a que o tribunal procedeu ponderou o facto de o art. 2248.º/1 admitir a resolução da deixa em caso de incumprimento da cláusula modal, aspeto que teria sido expressamente previsto pelo testador. O STJ concluiu que, no caso concreto, não se tinham verificado os requisitos da resolução da deixa, visto que a herdeira e o *de cujus* mantiveram uma relação ao longo de alguns anos, e aquela pernoitava ocasionalmente na casa deste último e aí passava alguns períodos de tempo, e considerando que, quando se agravaram os problemas de saúde do testador, por doença do foro oncológico, a herdeira o acompanhou a consultas e tratamentos hospitalares, tendo permanecido com o *de cujus* até à sua morte, aquando do seu internamento hospitalar.

[41] Proc.º n.º 2261/17.7T8PTM.E1.S1 (Relator: Abrantes Geraldes), disponível em: www.dgsi.pt.

Trata-se, novamente, de uma qualificação que nos suscita algumas reservas, salvo o devido respeito. Na realidade, tanto a referência ao facto de a disposição ficar "*dependente da instituída ter cuidado do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos*", quanto a declaração de que a mesma teria "*carácter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados ou não o sejam até à sua morte*", apontam no sentido da qualificação como uma disposição submetida a uma condição resolutiva. Os critérios que indicámos para a distinção entre as disposições testamentárias modais e as disposições testamentárias sujeitas a uma condição resolutiva apontam claramente neste sentido[42]. Torna-se necessário aferir se a prestação dos cuidados ao testador foi considerada por este como decisiva e determinante da atribuição patrimonial ou se apenas pretendeu que o beneficiário da mesma praticasse determinado facto indicado na disposição, em certas circunstâncias, o que nos remete para os motivos do testador, de acordo com a interpretação do testamento.

IV. *Após analisarmos os exemplos que foram referidos, salientamos a importância das palavras utilizadas pelo testador para a qualificação da disposição testamentária, embora as mesmas não sejam decisivas, pois o contexto do testamento, bem como a prova complementar não podem ser ignorados. Trata-se de um aspeto particularmente visível nos testamentos públicos. Se o testador utiliza a palavra "encargo" ou "obrigação", estamos perante um forte indício de que pretendia uma disposição modal, admitindo-se que a utilização da palavra "condição" poderá ser mais facilmente afastada, se nesse sentido apontarem os restantes elementos da interpretação do testamento, visto que, como vimos, no modo, a limitação patrimonial da atribuição poderá ser realizada através de uma condição. Por outro lado, o facto de se declarar que a disposição "tem caráter resolutivo" (condição resolutiva) não será o mesmo que afirmar que a disposição "poderá ser resolutiva" (modo). Acresce, ainda, que a afirmação de que a disposição "ficará dependente" da prestação de cuidados aponta fortemente no sentido do caráter condicional da disposição.*

[42] Recorde-se que apontámos o regime particular de resolução das disposições modais como o principal traço distintivo entre estas e as disposições testamentárias sujeitas a uma condição resolutiva.

Num acórdão de 5/02/2013, também analisado por Diana Leiras [43], o Tribunal da Relação de Coimbra [44] concluiu que, apesar da utilização da palavra "condição", estava em causa uma disposição modal. Na disposição o testador declarou:

> «Que institui herdeira do remanescente de todos os seus bens, a associação a constituir que vai adotar a denominação LAR S (…)", com sede na (…), freguesia de (…), concelho de Castelo Branco, com a condição de essa instituição lhe prestar toda a assistência de que necessitar enquanto for vivo, nomeadamente alojamento, alimentação, vestuário e cuidados médicos».

De facto, o testador afirma que institui como herdeira "com a condição de" e não "na condição de", o que, desde logo, sugere que não nos encontramos perante uma cláusula condicional.

---

[43] Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", cit., pp. 862-863.

[44] Proc.º n.º 1837/10.8TBCTB.C1 (Relator: Fonte Ramos), disponível em: www.dgsi.pt. O tribunal apoiou-se no facto de as obras do lar estarem apenas iniciadas na altura do testamento e continuarem por acabar à data da morte do testador, o que apontaria no sentido de que o falecido não poderia ignorar a forte possibilidade de a associação e o lar que queria contemplar não virem a funcionar a tempo de lhe prestarem os cuidados de que carecesse. Por outro lado, resultava dos factos provados que o testador pretendeu afastar a ré da sua sucessão, o que só poderia querer dizer que não encarou outra sucessora que não a associação que designou.
O sumário do acórdão é o seguinte: "1. Numa fórmula resumida pode dizer-se que a distinção entre o negócio sob *condição suspensiva* e o negócio "*sub modo*" reside em que o primeiro só produz os seus efeitos uma vez verificada a condição, enquanto o segundo os produz de imediato. Por isso se diz que *"a condição suspende mas não obriga, quando é certo que o modo obriga mas não suspende"*. 2. Quando da interpretação dos factos se colhe que a disposição mediante a qual se estipula que os efeitos do testamento de imediato produzidos tinham apenas como imposição que em certas circunstâncias o beneficiário praticasse determinado facto nela descrito, então não ocorreu a aposição de uma *condição* em sentido próprio, mas de um *encargo* ou *modo*, traduzindo-se este num certo comportamento positivo do beneficiado (composto por uma específica conduta a preencher por este já como herdeiro de pleno direito). 3. Na averiguação do exacto alcance do testamento, deve o intérprete (e o tribunal) guiar-se pela *vontade real* do testador, tendo em conta o sentido peculiar da sua linguagem e expressões; pelo confronto de todo o *contexto* do documento; pela *prova complementar* que se venha a fazer; e pela *letra* do próprio testamento, como limite a essa prova".

V. Torna-se claro que as dificuldades de interpretação dos testamentos em que consta um dever de cuidar resultam, frequentemente, da forma pouco precisa como tal dever é concretizado nos mesmos, o que também suscita dificuldades quanto à qualificação das disposições como modais ou condicionais [45]. Por outro lado, levantam-se dúvidas quanto ao conteúdo do dever em causa, pelo mesmo motivo. O julgador poderá ter de interpretar a vontade do testador relativamente ao caráter habitual ou ocasional da prestação de cuidados, quanto à realização dos mesmos por conta do testador ou por conta do sucessor, ou quanto a saber se tais cuidados, nomeadamente, no que se refere à higiene e alimentação, podem ser prestados por terceiros, ainda que sob a supervisão do sucessor e às suas custas [46].

Acresce, ainda, a dificuldade, já referida, de determinar se os cuidados se podem considerar prestados se o testador passar a residir num lar de idosos. Tais autores consideram que as circunstâncias sociais atuais, que não podem deixar de ter uma influência na configuração das relações familiares ou de assistência, têm levado à sedimentação da convicção dos magistrados de que o disponente quis estar convenientemente assistido, material e afetivamente, na medida da disponibilidade laboral, geográfica, vital, etc., do cuidador. Neste sentido, o incumprimento da prestação de cuidados deverá estar ligado ao abandono real, ou seja, à despreocupação sobre o estado anímico e de saúde e à falta de atenções de todo o tipo ao disponente, mais do que à falta de residência no mesmo lugar [47].

VI. Para alguns autores espanhóis, também se torna necessário clarificar se a prestação de cuidados implica que o cuidador resida

---

[45] Em Espanha, a maioria dos notários consideram que se trata de uma disposição complexa e pouco desejável, tendo em conta as dificuldades mencionadas no texto, em particular, no que se prende com a identificação em concreto do beneficiário da disposição (cfr. Ana Díaz Martínez, "El incumplimiento de la obligación de cuidar al disponente o a terceros impuesta en donaciones y pactos sucesorios", cit., p. 250, nota 1).

[46] Cfr. Diana Isabel da Silva Leiras, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", cit., pp. 864-865 e 867.

[47] Ana Díaz Martínez, "El incumplimiento de la obligación de cuidar al disponente o a terceros impuesta en donaciones y pactos sucesorios", cit., pp. 264-265. A autora salienta que se para o disponente a vida em comum no âmbito da prestação de cuidados for essencial, tal aspeto deverá constar do próprio documento em que se formalize o negócio.

com o testador e qual o local onde tais cuidados serão prestados. Na ordem jurídica portuguesa, a validade da determinação de que o beneficiário da disposição deverá residir com o testador para lhe prestar cuidados poderá ser questionada enquanto condição contrária à lei. O art. 2245.º determina que aos encargos impossíveis, contrários à lei ou à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes se aplica o disposto no art. 2230.º. Por sua vez, este último preceito é complementado pelo art. 2232.º, nos termos do qual se consideram contrárias à lei a condição (bem como, o encargo, atendendo à referida remissão) de residir ou não residir em certo prédio ou local. Resulta do art. 2230.º/1 que tais condições (ou encargos) se têm por não escritos; o n.º 2 do preceito ressalva o disposto no art. 2186.º que determina que a disposição testamentária será nula se foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei. No entanto, ainda que se possa considerar que a prestação de cuidados deve ser tida como essencial no âmbito da disposição, já será muito duvidoso entender que o seu motivo principal seja fazer com que o cuidador resida com o testador. Somente nesse caso a cláusula acessória afetaria a totalidade do negócio [48]. Será que este raciocínio se aplica se estiver em causa a condição de residir com o testador com vista a prestar-lhe cuidados?

Sendo a teleologia do art. 2232.º proteger a liberdade pessoal do beneficiário da disposição, não se vê como a condição (ou o encargo, por remissão) de prestar cuidados ao testador e de residir com ele para esse efeito não teria como consequência uma limitação dessa liberdade, pelo que a mesma será contrária à lei [49]. Acresce que não se considera que o facto de a condição impor uma residência com o testador (e não com outra pessoa) conduza a uma conclusão diversa. Pelo contrário, diferente será a situação se o testador sujeitar a eficácia da disposição à prestação de cuidados e afirmar que prefere que, para esse efeito, o sucessível resida consigo ou se se verificar

[48] Na ordem jurídica espanhola, Vaquer Aloy salienta que a licitude da condição de morar com o testador, cuidando dele, não tem sido discutida, antes se centrando o debate em determinar se a condição foi ou não cumprida (Antoni Vaquer Aloy, "Libertad de testar y condiciones testamentarias", *InDret*, 2015, 3, ponto n.º 2.1.c., disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1158_es.pdf (consultado a 8/01/2025).

[49] Quanto à teleologia do preceito, cfr. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Vol. VI (arts. 2024.º a 2334.º), Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 368-370 (anotação ao art. 2232.º).

que, na prática, a prestação dos cuidados pretendidos pelo testador implica que o sucessível resida com este.

VII. Tendo em conta as dificuldades supramencionadas, afigura-se fundamental o rigor na redação das cláusulas acessórias deste tipo de testamentos, com vista a promover a certeza e segurança jurídicas, o que contrasta com a realidade prática neste âmbito [50]. Note-se que o próprio conteúdo da prestação de cuidados poderá depender da qualificação da disposição como modal ou como condicional. Na medida em que a falta de verificação da condição (na condição suspensiva) ou a sua verificação (na condição resolutiva) implicarão a ineficácia automática do ato, será, também, natural concluir que a intensidade da prestação de cuidados pretendida pelo testador será, nestes casos, maior do que nas situações em que os mesmos são vistos como uma prestação que recai sobre o beneficiário de uma atribuição patrimonial e que vem limitar tal atribuição (modo). Por isso, nas disposições condicionais será irrelevante o motivo pelo qual tais cuidados não foram prestados, ao contrário do que ocorre nas disposições modais, em que se deve atender à culpa do beneficiário da liberalidade.

4. CONCLUSÃO

As particularidades das disposições testamentárias que visam a prestação de cuidados e assistência ao testador são dignas de nota e merecem uma análise aprofundada por parte da nossa doutrina, embora os nossos autores já se comecem a debruçar sobre a questão. A sua importância destaca-se na sociedade portuguesa, caraterizada por um envelhecimento acentuado da população e pela necessidade cada vez maior de assegurar a prestação de cuidados a pessoas idosas sós, sendo a solidão das pessoas mais velhas um dos grandes males do nosso século. Considera-se, por isso, particularmente acertada a

[50] A mesma dificuldade de concretização se verifica relativamente ao encargo de prestação de cuidados vitalícios ao doador nas doações modais. Sobre a questão e com diversos exemplos da redação de tais cláusulas modais retirados da nossa jurisprudência cfr. Paulo J. Moreira, "Os acordos com vista à prestação de cuidados vitalícios (dos embaraços dos expedientes utilizados no presente às dificuldades na construção de uma figura típica", *Lusíada. Direito*, 27/28 (2022), pp. 189-233 (201-204). Disponível em: file:///C:/Users/danie/Downloads/Rev_Direito_27-28_OnLine-189-233.pdf (consultado a 8/01/2025).

GESTLEGAL

posição de Daphna Hacker ao sustentar que o foco do próprio Direito Sucessório deveria ser alterado, incidindo na prestação de cuidados e no respeito pelos desejos do testador durante a sua velhice[51]. Para esta mudança poderá contribuir uma interpretação adequada das disposições testamentárias que analisámos neste texto.

Procurámos aprofundar e sistematizar a configuração que tais cláusulas podem assumir, o que nos remeteu para uma análise mais aprofundada das disposições testamentárias a favor de pessoas incertas que se podem tornar certas, bem como da distinção entre disposições testamentárias condicionais e disposições testamentárias modais em que o testador visa que lhe sejam prestados cuidados. Nesse último âmbito, pretendemos superar algumas das ideias que vêm sendo avançadas pela nossa doutrina e que nos parecem apontar para um rigor na utilização e na delimitação dos contornos dos conceitos em causa que nem sempre é aquele que seria desejável numa perspetiva técnico-jurídica. Note-se que, frequentemente, a vontade real do testador a que se chega através da utilização dos elementos de interpretação do testamento (texto, contexto e prova complementar) representa uma construção, pois o conhecimento efetivo da vontade daqueles que já partiram será muito difícil, senão de todo impossível. De qualquer modo, o intérprete do testamento deverá chegar a uma vontade o mais aproximada possível da vontade real, "mesmo real", do testador, por assim dizer. Valorizando as categorias para que remete o texto do testamento e o seu contexto, deverá procurar alcançar aquela vontade recorrendo aos conceitos que o sistema sucessório lhe faculta. Esta utilização de categorias jurídicas para interpretar tal vontade implica que os contornos das mesmas estejam devidamente traçados, o que procurámos fazer, nomeadamente, recorrendo aos ensinamentos, ainda atuais, de Antunes Varela. Pelo contrário, a análise que tem sido feita das disposições testamentárias em causa por parte da nossa jurisprudência parece-nos carecer do devido apoio doutrinal para poder penetrar de forma mais segura e sólida na vontade do testador. Não poderá deixar de existir alguma aleatoriedade na interpretação das disposições testamentárias, visto que a mesma poderá

[51] Cfr. Daphna Hacker, "Inheritance law and the challenge of securing care in old age: a three-pronged solution", *in* Hans-Christoph Schmidt am Busch / Daniel Halliday / Thomas Gutmann (eds.), *Inheritance and the right to bequeath — Legal and philosophical perspectives*, Abingdon, Oxon (U.K.) / New York, Routledge, 2023, pp. 144-165 (p. 145).

depender dos factos extrínsecos ao testamento que sejam provados, relevantes a título de prova complementar, e da apreciação que é feita dos mesmos. No entanto, parece-nos que na interpretação do testamento se descarta com demasiada facilidade o seu teor literal — embora não ignoremos a enorme relevância da prova complementar —, fundamental, quando se trata de distinguir situações tão próximas, mas com efeitos jurídicos tão diversos, em particular quando as coisas não correm como o testador pretendeu no que se refere à prestação de cuidados (o que constitui mais um motivo para desenhar com rigor os conceitos "condição" e "modo" neste âmbito). Saliente-se que a interpretação correta da importância que o testador atribuiu à prestação de cuidados será fundamental para aferir se os cuidados foram prestados tal como este os pretendeu e para contribuir, ainda em vida do testador, para a sua proteção, em particular quando este é uma pessoa idosa.

Por último, saliente-se que é necessário continuar a aprofundar a matéria em causa, atendendo às questões que ficam por responder, a saber: quais os elementos a ponderar, em sede de prova complementar, para a interpretação destas disposições? Qual a regra aplicável ao problema das dúvidas insanáveis na interpretação das disposições testamentárias e será a regra aplicável idêntica se nos encontrarmos perante disposições testamentária em que o testador visa que lhe sejam prestados cuidados? Perguntas que ficam no ar, respostas que virão noutro texto, que a este se segue.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Andrade, *Manuel de, Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II — Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil — Contratos em especial (1.ª parte): compra e venda, doação, sociedade, locação*, Coimbra, Almedina, 2018.

Díaz Martínez, Ana, "El incumplimiento de la obligación de cuidar al disponente o a terceros impuesta en donaciones y pactos sucesorios", in Helena Mota / Maria Raquel Guimarães (org.), *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 249-268.

Fernandes, Luís A. Carvalho, Lições de Direito das Sucessões, 4.ª ed., Lisboa, Quid iuris, 2012.

Hacker, Daphna, "Inheritance law and the challenge of securing care in old age: a three-pronged solution", in Hans-Christoph Schmidt am Busch / Daniel Halliday / Thomas Gutmann (eds.), *Inheritance and the right to bequeath — Legal and philosophical perspectives*, Abingdon, Oxon (U.K.) / New York, Routledge, 2023, pp. 144-165.

HEYLEN, Leen / MORTELMANS, Dimitri / KNAEPS, Jeroen, "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", *in* Elisabeth Alofs / Wendy Schrama (eds.), *Elderly Care and Upwards Solidarity — Historical, Sociological and Legal Perspectives*, Cambridge / Antwerp / Chicago, Intersentia, 2020, pp. 23-4.

HOFRI-WINOGRADAW, Adam / KAPLAN, Richard L., "Property transfers to caregivers: a comparative analysis", *Iowa Law Review*, 103 (2018), pp. 1998-2025.

LEIRAS, Diana Isabel da Silva, "Disposição testamentária vinculada ao dever de cuidar do testador — Uma análise tendo por base o direito português", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 20 (2024), pp. 848-869.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2021.

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil anotado, Vol. VI* (arts. 2024.º a 2334.º), Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

MORAIS, Daniel "Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el derecho portugués", *Revista Boliviana de Derecho, n.º 38 (julho de 2024),* pp. 260-295, disponível em: https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2024/07/rBD_38.pdf (consultado a 13/03/2026).

MORAIS, Daniel, *Direito Sucessório — Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Lisboa, AAFDL, 2019.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?,* Cascais, Princípia, 2016.

MOREIRA, Paulo J., "Os acordos com vista à prestação de cuidados vitalícios (dos embaraços dos expedientes utilizados no presente às dificuldades na construção de uma figura típica", *Lusíada. Direito*, 27/28 (2022), pp.189-233. Disponível em: https://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/3134 (consultado a 13/03/2026).

NIETO ALONSO, Antonia Nieto, "Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas com discapacidad", *inDret*, 3, 2023, pp. 217-272, disponível em: https://indret.com/clausulas-testamentarias--orientadas-a-garantizar-el-cuidado-de-personas-vulnerables-o-de-personas-con--discapacidad/ (consultado a 13/03/2026).

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, "Sobre a doação modal", *O Direito*, ano 122 (1990), III-IV (julho-dezembro), pp. 673-744.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

TORRES GARCÍA, Teodora F. / GARCÍA RUBIO, María Paz: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

VAQUER ALOY, Antoni, "Libertad de testar y condiciones testamentarias", *InDret*, 2015, 3, ponto n.º 2.1.c., disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1158_es.pdf (consultado a 13/03/2026).

VARELA, João de Matos Antunes, *Ensaio sobre o conceito de modo*, s.l. Atântida, 1955.

VÍTOR, Paula Távora, "O dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae*, ano 5, n.º 10 (2008), pp. 41-62.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

STSJ Galicia 33/2020 de 1/12/2020, disponível em: https://vlex.es/vid/857114998.
Acórdão do STJ de 26/11/2020, Proc.º n.º 2261/17.7T8PTM.E1.S1 (Relator: Abrantes Geraldes), disponível em: www.dgsi.pt.
Acórdão do STJ de 2/11/2017, Proc.º 362/11.4TJPRT.P1.S1 (Relator: Salazar Casanova), disponível em: www.dgsi.pt.
Acórdão do TRG de 29/10/2015, Proc.º n.º 385/09.3TBVRL.G1 (Relator: Fernando Fernandes Freitas), disponível em: www.dgsi.pt.
Acórdão do STJ de 10/09/2015, Proc.º n.º 2695/06.2TBVLG.P1.S1 (Relator: Lopes do Rego), disponível em: https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2015:2695.06.2TBVLG.P1.S1.DA.
Acórdão do TRC de 5/02/2013, Proc.º n.º 1837/10.8TBCTB.C1 (Relator: Fonte Ramos), disponível em: www.dgsi.pt.

LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

DE FACTO GUARDIANSHIP OF PERSONS WITH DISABILITIES IN SPANISH LAW *

Ignacio Gallego Domínguez**

Resumen: La Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adapta la normativa española al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. La Ley 8/2021 ha venido a sustituir el tradicional sistema de protección de las personas con discapacidad, basado en la incapacitación y en el sometimiento a una institución de guarda y protección —tutela, curatela, patria potestad prorrogada o defensor judicial—, por un sistema de apoyos a la persona con discapacidad, que permita a la misma ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de las personas. Las medidas de apoyo pueden ser informales (guarda de hecho) o formales (ya sean medidas voluntarias -incluyen los poderes y mandatos preventivos- ya sean medidas judiciales —curatela y defensor judicial—. Las medidas de apoyo son normalmente asistenciales y, excepcionalmente, representativas. Nos ocupamos en el presente estudio de la guarda de hecho como medida de apoyo informal y estable, figura que está llamada a ser la medida de apoyo básica en el

* El presente estudio ha sido elaborado en el seno del Proyecto I+D+i PID2023-151074NB-C21, "La representación y el Derecho Civil. Presente y futuro", concedido a la Universidad de Córdoba (España), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional UE.

** Profesor Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba, Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal, Plaza de Puerta Nueva, s.n., 14.002. Córdoba (España)
igallego@uco.es
ORCID — 0000-0001-9392-367X

nuevo sistema. Cuestiones como los sujetos -guardado y guardador-, su constitución y prueba, las funciones asistenciales y representativas que puede cumplir y la extinción de la misma, son objeto de consideración en las líneas que siguen.

Abstract: Spanish Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in exercising their legal capacity, aligns Spanish regulations with article 12 of the 2006 New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Law 8/2021 replaces the traditional system of protection for persons with disabilities—based on incapacitation and submission to a guardianship and protection institution (guardianship, curatorship, extended parental authority or judicial defender)—with a system of support that enables individuals with disabilities to exercise their legal capacity on an equal footing with others. Support measures can be informal (de facto guardianship) or formal (either voluntary measures—including powers of attorney and preventive mandates—or judicial measures—curatorship and judicial defender). Support measures are generally assistive and, exceptionally, representative. This study focuses on de facto guardianship as an informal and stable support measure, which is set to become the fundamental support mechanism under the new system. The following lines examine aspects such as the parties involved (the ward and the guardian), its establishment and evidence, the assistive and representative functions it may serve, and its termination.

Palabras Clave: Personas con discapacidad, ejercicio de la capacidad jurídica, medidas de apoyo, guarda de hecho.

Keywords: Persons with disabilities, exercise of legal capacity, support measures, de facto guardianship.

Sumário: **1.** Introducción a la ley 8/2021. En particular la guarda de hecho. **2.** Sujetos de la guarda de hecho: el guardado y el guardador de hecho. **2.1.** El guardado, persona con discapacidad. **2.2.** El guardador de hecho. **3.** Modo de constitución y modo de acreditar la existencia de una guarda de hecho. **3.1.** Constitución informal de la guarda de hecho. **3.2.** La prueba de la existencia de la guarda de hecho. **4.** Funciones del guardador de hecho como medida de apoyo. **4.1.** El guardador de hecho como medida de apoyo de la persona con discapacidad. Su variable intensidad. **4.2.** El guardador de hecho cumple, en principio, funciones de apoyo instrumental, de asistencia jurídica en el ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad. **4.3.** Excepcionalmente el guardador de hecho puede cumplir funciones representativas. a) La "excepción" en las medidas de apoyo. b) El CC fija las pautas de actuación de la persona que ejerce una medida de apoyo con representación. c) Diferencias con el sistema anterior. d) Representación legal del guardador de hecho. e) El art. 264 del CC contempla las excepcionales funciones representativas del guardador de hecho, que, como norma general, requieren autorización judicial previa. f) Como norma general las funciones representativas del guardador de hecho requieren autorización judicial previa. **4.4.** Actos en los que el guardador de hecho no puede intervenir. **4.5.** En su caso, procede el nombramiento de defensor judicial en atención a la existencia de conflicto de intereses del guardador de hecho o a la

complejidad del acto. **4.6.** Control judicial de la actuación del guardador de hecho. **4.7.** Derecho a reembolso de gastos justificados realizados por el guardador y a indemnización de daños y perjuicios por el mismo sin su culpa. **5.** Extinción de la guarda de hecho. Bibliografía. Jurisprudencia. Textos y documentos considerados

1. INTRODUCCIÓN A LA LEY 8/2021. EN PARTICULAR LA GUARDA DE HECHO

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 diciembre 2006, ha venido a suponer un cambio sustancial en la consideración del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, que ha llevado a una modificación de la normativa española referente a las mismas en diversas materias. En particular el art. 12.2 de la Convención señala que "*[l]os Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*", añadiendo el art. 12.3 que "*[l]os Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*" [1].

En particular, para hacer efectivo el art. 12 señalado, se ha dictado en España la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La misma ha dado una nueva redacción a muy numerosos preceptos del Código Civil español de 1889 (CC en adelante [2]), así como a otros textos normativos [3], y ha puesto fin a la incapacitación de las personas que no

[1] Vid. María Paz García Rubio, "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, coordinadas por Mª del C. Gete-Alonso y Calera, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 44 y 45.

[2] Puede verse el CC español en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763 (fecha de última consulta 28 febrero 2025)

[3] En concreto modifica la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria

pueden gobernarse por sí mismas y a la modificación de la capacidad, a la tutela de las personas mayores de edad y a la patria potestad prorrogada y rehabilitada de los hijos mayores de edad, y superando un sistema de guarda y protección establece un sistema de apoyos que permita a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, en plena igualdad con el resto de las personas. Como norma general los apoyos son simplemente asistenciales, y en casos extremos —"excepcionales"— sustitutivos. La reforma sitúa en el centro a la persona, e impone un sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, para permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico con plena igualdad jurídica. Las medidas de apoyo se inspiran en el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Las personas que ejercen las medidas de apoyo, cuya función en principio es meramente asistencial, deben actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, procurando que ésta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Para el caso en que no sea posible determinar tal voluntad, cabe excepcionalmente sustituir la voluntad de dicha persona -representarla- si bien tomando la decisión que, en su caso, la persona habría adoptado, para lo que se debe atender a su trayectoria vital, creencias y valores y los factores que hubiera tomado en consideración (art. 249.1, 2 y 3 del CC). La Ley 8/2021 consagra los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo (art. 249.1 CC) [4]. Aunque en ocasiones se señala que es un principio de la misma la desjudicialización de la vida de la persona con discapacidad, señala Pereña Vicente [5] no es realmente

con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

4 Lo cierto es que el TS, con relación al sistema anterior de protección de las personas con discapacidad, que resulta de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, y merced a la posible graduación de las medidas de apoyo y la figura de la curatela asistencial, había entendido en diversas ocasiones que el sistema español era conforme a la Convención de Nueva York -otra cosa era la aplicación que se hacía de la normativa en la práctica, donde en la generalidad de las ocasiones las personas se sometían a tutela representativa, sin necesitarlo realmente. Vid. STS 282/2009, de 29 abril 2009 (rec. 1259/2006).

5 Montserrat Pereña Vicente, "Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba",

un principio, sino un efecto de la reforma, haciendo hincapié en que el art. 12.4 de la Convención se refiere a los exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial. La SAP de A Coruña, Secc. 6.ª, 23/2023, de 31 enero 2023 (rec. 115/2022) habla de "*la tendencia de desjudicialización pretendida por el legislador*".

Señala el art. 250.1 que "*[l]as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial*" —las dos últimas son medidas de apoyo judiciales—. Si bien la guarda de hecho es una medida legal e informal, lo cierto es que la guarda de hecho asistencial, aun no siendo formalmente una medida de apoyo voluntaria, en la práctica se fundamenta en la aceptación o tolerancia de la persona con discapacidad, lo que acerca esta medida a las medidas de apoyo voluntarias, pues es la persona con discapacidad la que admite el apoyo de un tercero que estable y voluntariamente desea prestarlo, sin que se le pueda imponer, mientras que la guarda de hecho que cumple funciones representativas es una medida de apoyo legal, pues partiendo del hecho de su existencia es la ley la que configura su régimen jurídico, exigiendo en ocasiones la previa autorización judicial [6].

Otra clasificación de las medidas de apoyo es la que distingue entre medidas formales e informales: a) Son formales las medidas de naturaleza voluntaria previstas en el art. 255 y los apoderamientos y mandatos preventivos, las cuales han de quedar recogidas en escritura pública (arts. 255.1, 260.1 y 262 CC) y las medidas judiciales, que requieren una resolución judicial que las constituya; b) Por el contrario, la guarda de hecho es una medida informal (art. 250.4 CC). Somo señala Solé Resina [7], "[n]o se recogen medidas de apoyo informal distintas de la guarda de hecho en la Ley 8/2021. Y, a pesar de que en varias ocasiones a lo largo del texto legal se acepta implícitamente que existen o pueden existir otras medidas de apoyo

en *Entre persona y familia*, dirigido por J.R. de Verda y Beamonte, coordinado por G. Muñoz Rodrigo, A. Bueno Biot, Reus, Madrid, p. 73.

6 En parecido sentido, Judith Solé Resina, "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo, coordinado por C. Gil Membrado, J.J. Pretel Serrano, Bosch — Wolters Kluwer, Barcelona, 2021, LA LEY 11475/2021, p. 5/13 y p. 8/13, quien entiende que la guarda de hecho como medida de apoyo es una medida voluntaria.

7 Judith Solé Resina, *op. cit.*, pp. 1 y 2/13.

informales al ejercicio de la capacidad jurídica, la norma no menciona ninguna más" [8].

Nos centraremos en el presente estudio en la guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad, figura que, si bien no era desconocida en nuestro Derecho, ha resultado radicalmente alterada por la Ley 8/2021.

El CC no define a la guarda de hecho. Podemos ensayar una aproximación a esta figura señalando que es la medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en la que una persona, el guardador de hecho, que normalmente es una persona de confianza -que forma parte de su entorno familiar o de convivencia- de una persona con discapacidad, de manera espontánea, informal y estable, asiste y, en su caso representa, a una persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipado, pudiendo tener virtualidad tanto cuando no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales o incluso existiendo si no funcionan de modo adecuado (art. 250.4 CC) o no abarcan todos los campos de actuación de la persona con discapacidad.

Señala Leciñena [9]: "El guardador de hecho es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanencia a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado. Llamo la atención que estas notas de estabilidad y permanencia no derivan tanto del cumplimiento de un requisito temporal cuantificable *ex ante* cuanto de la percepción con la que el guardador aborda el desempeño de su función con vocación de futuro".

---

[8] Añade Judith Solé Resina que "[d]e este modo parece que se relativiza o menosprecia la importancia de otras medidas de apoyo no formalizadas alternativas a la guarda de hecho, de la que también puede ser complementarias, como son las «redes de apoyo» entre iguales y los grupos de ayuda, promovidos por movimientos asociativos, así como las ayudas proporcionadas por profesionales y fundaciones u otro tipo de entidades con fines orientados a este objetivo, que ofrecen apoyos para la toma de decisiones sobre temas personales y patrimoniales, con servicios de acompañamiento, de supervisión de cuentas y gestión de ingresos y gastos, etc., que son de gran utilidad e interés para muchas personas".

[9] Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 263", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dirigidos por C. Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 652.

Por su parte Ferrer Vanrell [10] señala que "en una aproximación al concepto de guarda de hecho de la persona con discapacidad podemos concretar que se trata de una medida de apoyo informal y estable, realizada por el guardador para orientar la actuación que realiza una persona con discapacidad, generalmente de su familia, denominada el guardado, que es mayor de edad o menor emancipado, en las actuaciones que éste realiza en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de que este ejercicio sea adecuado. Este apoyo se presta al guardado, salvo que tenga constituidas otras medidas de apoyo sean voluntarias o judiciales; o bien, porque estas medidas constituidas no se aplican eficazmente".

Las notas que caracterizan a la figura son las siguientes:

a) Es una medida informal, tal y como lo señala expresamente el art. 250.4 del CC. No necesita para su constitución, ni intervención judicial, ni notarial, sin perjuicio de que judicial o notarialmente se pueda constatar su existencia y obtener de este modo un título de legitimación. Su eficacia jurídica, su régimen jurídico emanan directamente de la ley una vez constatada su existencia. El CC no regula tampoco un modo específico de prueba. A pesar de ser una medida informal se encuentra sometida al control judicial (art. 265 CC).
b) El guardador de hecho actúa de manera espontánea, sin tener un encargo previo. Es por ello que no son guardadores de hecho las personas que actúan en el ejercicio de una medida de apoyo voluntaria recogida notarialmente (apoderados y mandatarios preventivos ex arts. 256 y ss. CC; y personas designadas en escritura pública para prestar apoyo ex art. 255 CC). Tampoco son guardadores de hecho los que actúan por encargo, bien del apoderado preventivo en los casos del art. 261 CC, bien del curador o defensor judicial en los supuestos en que tal actuación esté permitida. Si no hay encargo de estas personas sino un incumplimiento de sus funciones que son

[10] María Pilar Ferrer Vanrell, "Capítulo 23. Las medidas informales de apoyo: especial referencia a la guarda de hecho", en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, dirigido por F. Lledó Yagüe, M.ª P. Ferrer Vanrell, M.ª A. Egusquiza Balmaseda, F. López Simó, Fundación Notariado — Dykinson, Madrid, 2022, p. 604.

atendidas espontáneamente de hecho por un tercero, sí podremos entender que existe un guardador de hecho.

c) La figura del guardador de hecho de la persona con discapacidad se contempla en la nueva Ley como una medida de apoyo estable [11]. Con la Ley 8/2021 la guarda de hecho, especialmente contemplada con anterioridad en el CC como modo de protección de personas con discapacidad, deja de ser una figura provisional pasando a ser estable. Se transforma de una simple situación de hecho provisional en una medida jurídica de apoyo. El Preámbulo de la Ley 8/2021 señala que se lleva a cabo "*el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad*". Señala la STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021): "*la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela*". Como señala Leciñena [12]: "la actuación del guardador ha de desarrollarse de manera continuada; en consecuencia, una actuación puntual de un sujeto en la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad, a mi juicio, situaría tal proceder fuera del marco de la guarda de hecho para posicionarse en el de la gestión de negocios ajenos sin mandato, siendo de aplicación las normas de dicho cuasicontrato".

d) El legislador entiende que puede llegar a ser una figura suficiente y adecuada de apoyo. El Preámbulo de la misma Ley 8/2021 así lo destaca, como acabamos de ver.

---

[11] A diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior con relación a la guarda de hecho de menores y personas con discapacidad (antiguo art. 303 CC, en redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) y a diferencia de lo que continúa ocurriendo en la actualidad con la guarda de hecho de los menores (art. 237 CC tras la Ley 8/2021), que contemplan la guarda de hecho como medida provisional avocada a ser sustituida por una medida estable.

[12] Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 263", *op. cit.*, p. 652.

Se trata de una medida de apoyo llamada a tener un papel preponderante en el nuevo sistema Señala Pereña Vicente [13] que esta medida ha pasado a ser "la reina" de la reforma, y no la curatela como podría pensarse.

Reconocer la guarda de hecho como medida de apoyo es constatar la realidad de las cosas. La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 señala que "*[l]a realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias*". La STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021) señala que "*la Ley 8/2021 consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado*".

Podemos cuestionarnos si se trata realmente de una guarda de hecho. Lo cierto es que regulando la ley su contenido, funciones, controles, etc., realmente la denominación de hecho cuadra con su origen informal y espontáneo, sin que quiera significar que se trate de una figura al margen del Derecho, tratándose de una verdadera "guarda de derecho", como señala la Exp. de Mot. de la Ley 8/2021, que considera que dicha Ley ha transformado la figura en "*una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo*".

Se trata de una medida de apoyo en la que puede jugar un papel relevante la voluntad de la persona con discapacidad, que puede actuar en su nacimiento, en su ejecución y en su extinción [14], siendo

[13] Montserrat Pereña Vicente, *op. cit.*, p. 70.
[14] Vid. Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 263", *op. cit.*, p. 649.

así, en los casos en los que la persona con discapacidad tiene discernimiento suficiente para actuar, necesitando una simple asistencia o ayuda en el ejercicio de su capacidad jurídica: a) en las guardas de hecho asistenciales será el propio guardado el que consienta que una persona comience a actuar como un guardador de hecho; b) en la ejecución de la función asistencial el guardador de hecho, como en la actuación del que presta cualquier otra medida apoyo, debe atender a "*la voluntad, deseos y preferencias*" de la persona con discapacidad (art. 249.2 CC); c) finalmente, en la extinción de esta medida de apoyo asistencial es decisiva la voluntad de la persona con discapacidad, contemplando el CC la extinción de la guarda de hecho, al margen de otros supuestos, "*[c]uando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo*" (art. 267.1.º CC), pudiendo, como veremos más adelante, jugar la voluntad de la persona protegida en la extinción de la guarda de hecho de otras maneras. Si bien el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad se constituye en médula de la reforma, tiene límites, en los casos en que pueda perjudicar al propio sujeto: así, la STS 589/2021, de 8 septiembre 2021 (rec. 4187/2019], que constituyó una curatela asistencial en un caso de una persona con síndrome de Diógenes, en contra de su voluntad, entendiendo que tal voluntad contraria "*es consecuencia de su propio trastorno*". En el caso de guarda de hecho representativa, como en el caso de la curatela representativa, por definición la voluntad actual de la persona con discapacidad no puede determinarse, sin que ello impida que la persona que ejerce la medida de apoyo representativa deba intentar llegar a determinar cuál hubiera sido la voluntad de la misma ex art. 249.3 CC.

Por lo que se refiere a la relación de la guarda de hecho con otras posibles medidas de apoyo, el CC brilla por su falta de claridad. Encontramos que la guarda de hecho puede ser una medida principal o una medida complementaria de otras medidas de apoyo existentes. La presencia de una guarda de hecho que funcione de modo adecuado, en principio, impedirá la constitución judicial de una curatela.

a) El artículo 250.4 del CC señala que *"[l]a guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*". La guarda de hecho puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales de ningún tipo (por tanto, como medida principal), así como en el caso de que aun

existiendo las mismas no se estén aplicando eficazmente -así resulta de los arts. 250.4, 255.5, 263 y 295.1 CC- o sean insuficientes por el alcance fijado en la escritura pública o en la resolución judicial que las constituye. Señala la STS, Pleno, 1433/2023, de 20 octubre 2023 (rec. 7437/2022): "*la guarda de hecho se configura con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona*".

b) Si existe una guarda de hecho y la misma es suficiente y adecuada no procede, en principio, el nombramiento de una medida de apoyo judicial. Efectivamente en principio las medidas judiciales, en particular, la curatela, se contemplan en el CC con carácter subsidiario a las voluntarias y a la guarda de hecho, de modo que sólo procederán las mismas cuando las medidas voluntarias [15] o la guarda de hecho preexistentes sean insuficientes. Así lo señalan los arts. 255.5 y 269.1 del CC [16]. Es por ello que las medidas voluntarias y la guarda de hecho son preferentes o prioritarias a las medidas judiciales de apoyo, de modo tal, que en lo que nos afecta si hay una guarda de hecho suficiente y adecuada no procede la constitución de una curatela. En este sentido la STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021) señala, "*las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho*" (arts. 255 y 263 CC) añadiendo "*[e]s decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo*" (art. 269 CC). En el caso el TS consideró

[15] Vid. SAP de Pontevedra, Secc. 6.ª, 1/2024, de 9 enero 2024 (rec. 761/2023)

[16] Señala el art. 255.5 CC: "*Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*". En la misma dirección el art. 269.1 CC añade: "*La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*".

suficiente la guarda de hecho ejercida por el hijo de la persona con discapacidad, sin que se considere necesario el establecimiento de una curatela.

El TS, en dos importantes Sentencias de Pleno, ha admitido que, aun existiendo un guardador de hecho, si las circunstancias del caso lo exigen o lo hacen conveniente, pueda nombrarse una medida de apoyo judicial. Nos referimos a la STS, Pleno, 1443/2023, de 20 octubre 2023 (rec. 7437/2022) y a la STS, Pleno, 1444/2023, de 20 octubre 2023 (rec. 8533/2022), que admitieron en sus respectivos asuntos el nombramiento de un curador representativo a pesar de que la persona con discapacidad estaba atendida por un guardador de hecho. Señalan ambas sentencias que "*[s]i interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarán de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo*".

c) La guarda de hecho cede ante medidas voluntarias de apoyo fijadas notarialmente por una persona con discapacidad con el entendimiento necesario.

Como hemos apuntado la guarda de hecho no es una figura nueva, si bien con la normativa actual se ha producido un cambio de consideración. De hecho, antes de la reforma, el antiguo mecanismo de la incapacitación no siempre se ponía en marcha. En la práctica, sólo en aquellos casos en los que la existencia de un patrimonio que gestionar así lo exigía. En otro caso las personas necesitadas de protección se encontraban con el cuidado de sus parientes o vecinos más cercanos que actuaban como verdaderos guardadores de hecho. El CC tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, pasó a regular muy parcamente la guarda de hecho en los arts. 303, 304 y 306 (el art. 305 quedó sin contenido), configurándola como institución meramente transitoria. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de

modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó el art. 303 CC. La Disposición transitoria 2.ª de la Ley 8/2021, señala con relación a la figura que nos ocupa: "*Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley*".

2. SUJETOS DE LA GUARDA DE HECHO: EL GUARDADO Y EL GUARDADOR DE HECHO

2.1. El guardado, persona con discapacidad

La guarda de hecho es una medida de apoyo, que, como tal, encuentra su campo de actuación con relación a las personas con discapacidad mayores de edad o menores emancipados que requieran apoyos para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 249.1 CC, art. 250.1 CC y Disp. Adic. 4.2 CC).

2.2. El guardador de hecho

El guardador de hecho es la persona que asiste y, en su caso, representa, al guardado. En la práctica será un familiar o un allegado. Señala la Exp. de Mot. de la Ley 8/2021 que "*la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen*". Aun cuando el CC no lo aclara se ha señalado que la guarda de hecho "puede llevarla a cabo una persona física o una persona jurídica, como una empresa o incluso una residencia especializada en el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, pública o privada" (Solé Resina [17]). Y es que realmente si puede ser apoderada preventivamente o curadora una persona jurídica (en los términos del art. 275.1 CC), es razonable llegar a tal conclusión.

El art. 250 CC, en su último apartado, limita la posibilidad de ser guardador de hecho -o ejercer cualquier medida de apoyo- en los siguientes términos: "*No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*".

[17] Judith Solé Resina, *op. cit.*, pp. 6 y 7/13.

3. MODO DE CONSTITUCIÓN Y MODO DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UNA GUARDA DE HECHO

3.1. Constitución informal de la guarda de hecho

La guarda de hecho, en su constitución es una medida informal. No necesita actuaciones ni judiciales ni notariales de constitución. Es una situación de hecho a la que se reconocen efectos jurídicos. El CC no regula en modo alguno la constitución, limitándose a reconocer su existencia ("*[q]uien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho*", ex art. 263 CC). Otra cosa es que en muchas ocasiones la actuación del guardador de hecho necesite un título de legitimación, que puede ser una resolución judicial o notarial declarativa de la existencia de una guarda de hecho.

Consideramos que los efectos jurídicos en caso de guarda de hecho asistencial se producen por voluntad de la persona con discapacidad -es ella la que consiente que un extraño le ayude en su proceso de toma de decisiones-, y en caso de guarda de hecho representativa por ley -ex arts. 264 CC- que en unos casos le atribuye funciones representativas directamente y en los más graves le exige previa autorización judicial.

La Circular 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad señala que "*la guarda de hecho puede ser un apoyo voluntario o un apoyo necesario en función de las circunstancias. El artículo 264 se refiere a la guarda de hecho en caso de necesidad; mientras el artículo 267 a la guarda de hecho voluntaria, al señalar que cesará «cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que se organice de otra manera»*".

En el Protocolo Marco suscrito entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias el 19 de julio de 2023 para la interpretación de la medida de apoyo informal, pensando en la actuación representativa del guardador de hecho señala: "*La guarda de hecho de las personas con discapacidad, principalmente a través de su entorno familiar, es una realidad sociológica ampliamente extendida en nuestro país. El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad articulado por la Ley 8/2021 refuerza la consideración de la guarda de hecho como medio de apoyo de naturaleza informal. Su eficacia jurídica se reconoce directamente por ministerio de la ley a partir de la constatación de su existencia en el caso concreto*".

3.2. La prueba de la existencia de la guarda de hecho

La prueba de la existencia de la guarda de hecho, la acreditación de la misma, es una cuestión básica en la práctica cuando el guardador de hecho actúa por sí solo. Partiendo de la falta de requisitos formales en su constitución, sin embargo, será necesario en la práctica, probar de algún modo que se es guardador de hecho, en el caso de que actúe él sólo, en ejercicio de funciones representativas.

En los supuestos en los que actúe como medida de apoyo asistiendo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la propia persona con discapacidad será la que reconozca el carácter de guardador de hecho de la persona que le presta apoyo, sin que sea necesario acreditar de otro modo tal situación. La Circular 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, señala "*[e]l guardador de hecho* [voluntario, asistencial]*, cuando comparece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad. En cambio, en los casos de necesidad* [necesario, representativo]*, el notario debe abstenerse e informar de la necesaria autorización judicial prevista en el artículo 264 del Código*".

Será en los casos de actuación representativa —ya proceda de la ley ex art. 264.3 CC o de la ley más la autorización judicial ex art. 264.1 y 264.2 CC ("título de legitimación")— cuando el guardador deberá presentar una prueba suficiente de que es guardador de hecho, un título de legitimación -una acreditación o prueba que le permita ser reconocido como guardador de hecho y actuar en concepto de tal en el tráfico jurídico [18]. El CC guarda silencio sobre este tema. Es una cuestión que, en la práctica, en aras a la seguridad jurídica, puede plantear problemas como de hecho, los ha planteado, en diversos, campos, en particular con relación a las actuaciones bancarias en nombre de la persona sujeta a guarda de hecho.

Es precisamente en el ámbito bancario donde hay algún instrumento que busca dar luz en esta cuestión. El 19 de julio de 2023 se firmó entre la Fiscalía General de Estado y Asociaciones Bancarias un "Protocolo Marco de colaboración para la efectividad de las medidas de

[18] Sobre las diferencias entre título habilitante (o de atribución de funciones) y título de legitimación (acreditación) de la guarda de hecho. Vid. Montserrat Pereña Vicente, *op. cit.*, p. 85 y ss. Señala que el primero es la ley en los casos del art. 264.2 CC y la resolución judicial en los demás, y el segundo puede variar.

apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario" [19], que se acompaña de un Documento n.º 1 interpretativo dedicado a "La guarda de hecho en la Ley 8/2021", publicado en julio 2023, donde se trata la cuestión que ahora nos ocupa.

Está claro que en la práctica para que un guardador de hecho pueda actuar en el tráfico jurídico representando al guardado deberá probar que es tal, por una simple cuestión de seguridad jurídica y de salvaguarda de la persona con discapacidad y de su patrimonio. Podemos concretar los siguientes mecanismos para probar la existencia de una guarda de hecho [20], lo que tendrá especial interés cuando deba acreditarse ante un tercero para adquirir bienes o servicios para ella, hacer pagos en su nombre o con su dinero, abrir una cuenta corriente, cancelarla, etc.

1. En ocasiones es la propia voluntad de la persona con discapacidad, en los casos que hemos llamado de guarda de hecho voluntaria, en los casos en que la guarda de hecho desempeñe funciones asistenciales, la que servirá de prueba de la existencia de guarda de hecho. Si con posterioridad el guardador de hecho deba cumplir funciones representativas ese previo reconocimiento de la persona con discapacidad en un momento en que podía reconocer al guardador de hecho como tal, siempre que esté recogida en documento —de modo especial, si es notarial—, debería ser suficiente para la prueba.
2. El acta notarial de notoriedad, al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial. A esta vía como medio de probar la existencia de una guarda de hecho se refiere de modo particular la Circular Informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado y la Circular informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo

[19] Vid. sobre el mismo, María José Segarra Crespo, "Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 111, 2023.

[20] Son muchos los autores que se han ocupado de la prueba de la guarda de hecho. En particular, entre los últimos en el tiempo: José Ramón De Verda y Beamonte, "Prueba de la guarda de hecho", en *www.idibe.org*, 8 febrero 2024; Montserrat Pereña Vicente, *op. cit.*, p. pp. 84 y ss.; Pablo Tortajada Chardí, "La prueba de la guarda de hecho", en *Entre persona y familia*, dirigido por J.R. de Verda y Beamonte, coordinado por G. Muñoz Rodrigo, A. Bueno Biot, Reus, Madrid, 2023, pp. 487 a 504.

General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho, que señala que "*el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se ejercita*".

3. Igualmente la prueba puede hacerse mediante una resolución judicial que constate o declare su existencia: a) En la práctica ha sido frecuente que en los expedientes de adaptación de sentencias de incapacitación y de nombramiento de medidas de tutela o guarda anteriores a la Ley 8/2021, concluyan con el reconocimiento de que la persona que venía ejerciendo las funciones de tutor o curador son guardadores de hecho de la persona con discapacidad, de modo que la resolución judicial sirve de prueba de la existencia de la guarda de hecho y de la persona que ejerce esta función; b) del mismo modo ante la negativa de un tercero —sea una entidad bancaria, una compañía de seguros, de servicios, de la Administración pública, etc.— … de admitir que una persona que se presenta como guardadora de hecho de otra pueda ejercitar las funciones que le atribuye la Ley (art. 264 CC) son diversos los autos dictados en procedimientos de jurisdicción voluntaria del guardadores frente a quienes no consideraron como tales a los mismos, a fin de que se declare judicialmente tal situación, como ocurrió, por ejemplo, con el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, n.º 8/2022, de 11 enero 2022 y con el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba n.º 81/2022, de 7 febrero 2022; c) En los casos en que un guardador de hecho acuda a los tribunales solicitando la autorización judicial para la realización de un determinado acto representativo para la que sea necesaria (todos, salvo los del art. 264.3 CC) la resolución judicial autorizativa del acto será a la vez título habilitante (junto a la Ley) y título legitimador. De la resolución junto a la ley surge el poder del guardador para realizar el acto, a la vez que la misma será prueba que un sujeto concreto, al que se autoriza, es guardador de hecho [21].

[21] Vid. Montserrat Pereña Vicente, *op. cit.*, pp. 89.

4. Anotación en el Registro Civil del art. 40.3.9 LRC, tratándose de un asiento con simple valor informativo [22].
5. Decreto del Ministerio Fiscal emitido en un expediente informativo [23].
6. Declaraciones responsables en concretos supuestos, como en peticiones a la Administración.

4. FUNCIONES DEL GUARDADOR DE HECHO COMO MEDIDA DE APOYO

Nos interesa la figura del guardador de hecho como medida de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de la persona con discapacidad, desempeñando funciones que serán normalmente de asistencia y, en su caso de representación.

Es posible que el guardador de hecho cumpla otras funciones de protección y atención del sujeto en la vida ordinaria, que sea su cuidador, que se ocupe de su atención personal, aseo, comida, etc., funciones que pese a ser esenciales, no interesan desde la perspectiva del Derecho. Es posible, igualmente, que estas funciones sean desarrolladas por personas diferentes al guardador de hecho como medida de apoyo.

Las funciones que puede desempeñar un guardador de hecho son variables y graduales, acompasadas a las necesidades de la persona con discapacidad, por lo que se trata de una medida de apoyo flexible.

4.1. El guardador de hecho como medida de apoyo de la persona con discapacidad. Su variable intensidad

La guarda de hecho puede ser, como antes apuntamos, un apoyo voluntario -asistencial- o un apoyo necesario —representativo— en función de las circunstancias de la persona con discapacidad, en función de su grado de discernimiento. De este modo el contenido de las funciones del guardador de hecho son variables en función de la situación y necesidades de la persona con discapacidad. Se refiere a la guarda de hecho voluntaria, que tendrá funciones asistenciales, el

[22] Vid. María Ángeles Parra Lucán, "La guarda de hecho de las personas con discapacidad" en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coordinado por S. Salas Murillo, Dykinson, Madrid, 2013, p. 215

[23] Vid. en este sentido, Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 263", op. cit., p. 659.

art. 267.1.º del CC, mientras que a la guarda de hecho en caso de necesidad, con funciones representativas, lo hace el art. 264 CC.

4.2. El guardador de hecho cumple, en principio, funciones de apoyo instrumental, de asistencia jurídica en el ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad

Si partimos del art. 250.2 CC, ubicado en sede de "*disposiciones generales*" de las medidas de apoyo, encontramos que la función base o primaria de todas las medidas de apoyo, sean de naturaleza voluntaria, guarda de hecho, o judiciales (art. 250.1 CC), es prestar asistencia a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La asistencia supone una ayuda, un apoyo instrumental, un acompañamiento, una colaboración para que la persona con discapacidad, pero que tiene un grado de discernimiento suficiente, pueda, con ayuda, adoptar decisiones y actuar, válida y eficazmente en el tráfico jurídico. De este modo, en caso de asistencia quien actúa es la propia persona con discapacidad, situación alejada de los supuestos de representación, en los que actúa, por sustitución, por sí solo el representante. El guardador de hecho, en principio, sólo ejerce una función asistencial. Se trata de un guardador de hecho basado en la voluntad de la persona con discapacidad, a la que se refiere el art. 267.1º CC al señalar que la extinción de la guarda de hecho "*[c]uando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo*".

En estos casos en que comparecen persona con discapacidad -con grado de discernimiento adecuado- y guardador de hecho no se requiere autorización judicial, cualquiera que se la naturaleza del acto que la persona con discapacidad celebre.

4.3. Excepcionalmente el guardador de hecho puede cumplir funciones representativas

a) La "excepción" en las medidas de apoyo

Hay casos en los que la persona con discapacidad no puede ejercitar su capacidad jurídica por sí, ni siquiera con la asistencia del guardador de hecho, por faltar la capacidad natural de entender y querer, la aptitud para formar un consentimiento en Derecho ni siquiera con la asistencia de una medida de apoyo. En estos casos la medida de apoyo pasa de ser una medida de simple asistencia a una medida de sustitución o representación.

GESTLEGAL

En el sistema de apoyos de la Ley 8/2021, las funciones representativas se consideran excepcionales. Así lo señala el art. 249.3 CC y se reitera en otros preceptos. El art. 249.3 CC en sede de disposiciones generales señala: "*En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*". Esta excepcionalidad se reitera por el CC con relación a curatela, de modo que la misma como norma general es simplemente asistencial, y solo en casos excepcionales es representativa (art. 269.3 CC) y, en cuanto ahora nos interesa para la guarda de hecho en el 264 CC.

De conformidad con el art. 264 del CC el guardador de hecho requiere, en tal supuesto, para actuar, como norma general, la previa autorización del juez, pudiendo actuar en ocasiones sin la misma, si bien "*en todo caso*" será necesaria la autorización judicial en los casos del art. 287 CC.

Art. 264 CC: "*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan".

b) El CC fija las pautas de actuación de la persona que ejerce una medida de apoyo con representación

El CC fija unas pautas de actuación del representante que ejerce una medida de apoyo, que concreta el art. 249.3 CC, debiendo tenerse en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad representada, así como los factores que la misma hubiera tomado en consideración, "*con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*", lo que hace que se trate de una representación un tanto especial.

Es por ello que Leciñena [24] señala que "el guardador estará en todo momento vinculado a la voluntad de la persona guardada que, si no le consta expresamente, tratará de reconstruir valiéndose de su trayectoria vital, preferencias, valores, actitudes, argumentos y hechos anteriores, incluidas las formas de comunicación verbales o no verbales de la persona concernida. Es decir, no será tanto un apoyo «con representación», sino un apoyo «restaurador» de la voluntad de la persona con discapacidad", añadiendo, que "[s]olo excepcionalmente, cuando toda esta labor de investigación haya resultado estéril, cuando se ignore la trayectoria vital del guardado y no se cuente con indicio alguno de cuál sería su voluntad, al carecer del andamiaje necesario para sostener lo que podría ser su decisión, no quedaría otra alternativa como guía a la actuación del guardador que la de acudir a lo que sería el mejor interés o la conveniencia del guardado valorada por el juez. Estas personas merecen ser «jurídicamente protegidas» y al hacerlo por esta vía no creo que se esté atentando contra su dignidad inherente, más bien entiendo que así se las protege. Lo cual no quita para desplegar todas las cautelas posibles en aras de impedir que una actuación judicial tan excepcional pueda implicar la perversión del sistema de apoyo para personas con graves deficiencias cognitivas y volitivas al convertir en pauta general de actuación lo que solo debería actuar como excepción, obviando la evaluación concreta para el acto que se solicita".

c) Diferencias con el sistema anterior

El art. 264 CC cambia el modo de funcionamiento del guardador de hecho y de su actuación con relación a la persona y bienes de la persona con discapacidad.

[24] Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 264", *op. cit.*, p. 662.

El antiguo art. 304 CC, en redacción dada por la Ley 24 octubre 1981) señalaba; "*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*". El CC venía a reconocer la validez de los actos realizados por el guardador de hecho en nombre de la persona con discapacidad siempre que redundasen en interés de la misma. Por tanto, el CC venía a reconocer la validez de tales actos aún a falta de representación y de ratificación de la persona con discapacidad, sobre la base de la utilidad, que recuerda, si bien existen diferencias, lo dispuesto por el art. 1893 del CC con relación a la gestión de negocios ajenos.

Hoy las cosas han cambiado en los términos que desarrollamos a continuación

d) Representación legal del guardador de hecho

Si la representación presenta la dicotomía entre representación voluntaria —que tiene su origen en la voluntad del representado— y representación legal —que tiene su origen en la ley—, es claro que, en nuestro supuesto al no encontrarse su origen en la voluntad de la persona con discapacidad —en tal caso se trataría de un apoderamiento preventivo si se cumplen los requisitos legales—, sino en la ley, en el art. 264 del CC, debemos calificar la representación que ejerce el guardador de hecho de legal, incluso en el caso en que necesite autorización judicial previa, so pena de crear un "*tertium genus*" (representación voluntaria, legal y judicial) Dentro de la excepcionalidad con la que el CC configura la representación del guardador, como norma general se requiere autorización judicial para la realización de actos en representación de la persona con discapacidad, y tan sólo en el caso del art. 264.3 CC —y las excepciones con relación a actos médicos del art. 287.1 CC— la representación no requiere de previa autorización judicial, derivando las facultades del guardador de hecho directamente de la ley.

e) El art. 264 del CC contempla las excepcionales funciones representativas del guardador de hecho, que, como norma general, requieren autorización judicial previa

Con anterioridad tuvimos la oportunidad de reproducir el art. 264 del CC y vimos que, como norma general para el ejercicio de funciones representativas por parte del guardador de hecho, se exige autorización judicial previa —abarcando, en todo caso los actos

comprendidos en el art. 287 CC—, si bien se concretan algunos actos que puede realizar por sí solo.

f) Como norma general las funciones representativas del guardador de hecho requieren autorización judicial previa

Si el guardador de hecho no sustituye, no representa, sino que solo asiste a la persona con discapacidad no se requiere autorización judicial previa para sus actuaciones.

Por el contrario, cuando el guardador de hecho representa a la persona con discapacidad la regla general, conforme al CC, es la exigencia de la autorización judicial previa, obtenida en expediente de jurisdicción voluntaria, la cual se exige de modo expreso, "*en todo caso*", en los supuestos del art. 287 del CC, según resulta de los apartados 1 y 2 del art. 264 CC antes transcritos.

1. — Como norma general para que el guardador de hecho pueda representar a una persona con discapacidad sustituyendo su voluntad por falta de entendimiento del mismo o de posibilidad de expresión, la regla general es la exigencia de la autorización judicial previa.

El art. 264 del CC está redactado de un modo un tanto confuso: a) parte de la regla general de la necesidad de autorización judicial para la actuación representativa del guardador de hecho (art. 264.1 CC); b) señala que "*en todo caso*" se necesitará la misma para la realización de los actos recogidos en el art. 287 del CC (art. 264.2 CC); c) señala, finalmente, una serie de excepciones, de modo genérico, en los que tal autorización no es necesaria (art. 264.3 CC). Ciertamente la estructura del precepto es poco clara, pues realmente con la consagración de la regla general y de las excepciones a la misma, debía estar todo solucionado. De este modo realmente señalar que "*en todo caso*" se necesita tal autorización judicial para los actos recogidos en el art. 287 del CC, lo único que viene es a concretarnos que tales supuestos no forman parte de la excepción, lo cual, debemos señalar, no ofrece *a priori* ninguna duda. A la larga, por la expansión práctica de las excepciones recogidas en el art. 264 CC que alguna ocasión se ha defendido, el art. 264.2 CC viene a representar un límite infranqueable a esta expansión.

Del art. 264.1 CC se deduce que la autorización judicial debe ser la regla general en los casos en que debe considerarse una actuación representativa del guardador y, añadamos, se trate de asuntos patrimoniales de especial trascendencia. Pues para un adecuado funcionamiento de un guardador de hecho convenimos en que debe

GESTLEGAL

entenderse autorizado para la realización de actuaciones patrimoniales de escasa importancia.

2. — Se requiere la autorización judicial previa "*en todo caso*" en los supuestos del art. 287 CC, que son aquellos en los que el curador representativo —o, en su caso, el defensor judicial— necesita de autorización judicial previa. Como hemos visto el art. 264.2 del CC señala que "*[e]n todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*", referido a la actuación representativa del curador.

La redacción del art. 264 CC difiere de sus precedentes recogidos en el art. 261 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 2018 y en el art. 263 del Proyecto de Ley de 2020. El art. 261 del Anteproyecto de 2018 parte de la regla general de la necesidad de autorización judicial previa para todo acto representativo realizado por el guardador de hecho, obtenida en expediente de jurisdicción voluntaria, añadiendo, que "*[e]n todo caso*" dicha autorización judicial será necesaria para que el mismo preste el consentimiento en nombre del guardado que no pueda hacerlo por sí, en concreto, en aquellos actos que "*impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado*". No había en el Anteproyecto una remisión al art. 285 que era el precepto que recogía un elenco de supuestos en los que el curador representativo necesitaba obtener la autorización judicial previa. Por su parte el art. 263 del Proyecto de Ley de 2020 igualmente partía de la necesidad de autorización judicial previa, en general, para todos actos representativos realizados por el guardador de hecho, y "*en todo caso*", para los "*actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento*", sin remitirse al art. 287 referido a los actos del curador representativo que requieren previa autorización previa.

La remisión señalada abre la posibilidad de una aplicación analógica a la guarda de hecho de normas de la curatela como ha sido apuntado por un sector de la doctrina, lo que venía siendo discutido con los textos anteriores [25].

[25] Vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 17 octubre 2018, Gloria Díaz Pardo, *op. cit.*, p. 320.

En el caso del curador, el art. 287 CC comienza refiriéndose a los supuestos en que la propia resolución judicial que la constituye señale como necesitados de autorización judicial, lo que, con toda razón se ha dicho no parece pensada para el caso de la guarda de hecho [26]. No obstante, consideramos que dado el hecho de que son muy numerosas las resoluciones judiciales resolviendo expedientes de provisión de medidas o de adaptación de sentencias anteriores a la Ley 8/2021 a esta normativa que concluyen declarando la no procedencia del establecimiento de una curatela, por existir un guardador de hecho -normalmente el anteriormente designado tutor o curador—, no vemos imposible que estas resoluciones judiciales designen o fijen otros supuestos distintos de los del art. 287 CC en los que se imponga expresamente la necesidad de solicitar autorización judicial al guardador de hecho cuya existencia reconocen.

El art. 287 CC al que se remite el art. 264.2 del CC señala lo siguiente:

> "*El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:*
>
> *1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.*
>
> *2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción*

[26] Así, Gloria Díaz Pardo, "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio", en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, coordinado por M.ª Núñez, dirigido por M. Pereña Vicente y M.ª M. Heras Hernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 320.

preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria".

Así pues, se recoge en el art. 287 CC la necesidad de autorización judicial previa para la realización de actos de trascendencia personal y familiar, y para una serie de actos de trascendencia patrimonial considerados de especial interés por el legislador.

2) Procedimiento para obtener la autorización judicial previa: expediente de jurisdicción voluntaria. Pude concederse para un acto concreto o para varios

La Ley 8/2021 contempla la posibilidad de que el guardador de hecho solicite autorización judicial para la realización de ciertos actos en nombre de la persona con discapacidad, sin necesidad de que se solicite nombramiento de curador representativo, sin que se imponga la tramitación de un procedimiento judicial de provisión de apoyos.

El procedimiento adecuado para la solicitud y obtención de la autorización judicial es el expediente de jurisdicción voluntaria, tal y como concreta el CC, y se desarrolla en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV en adelante).

El art. 264.1 del CC concreta que la autorización judicial se obtendrá en expediente de jurisdicción voluntaria, "*en el que se oirá a la persona con discapacidad (…) previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso*". Destaca De Verda y Beamonte [27] que el CC señala que el Juez deberá oír a la persona con discapacidad, "pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso". Añade el precepto que nos ocupa que "*[l]a autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad*".

La Ley 8/2021, no sólo ha modificado el CC, sino que también ha afectado a normas procesales, entre ellas, en cuanto ahora nos interesa a la LJV de 2015. En concreto, esta última pasa a contar con la Sección 3.ª —"*De la guarda de hecho*"- del Capítulo IV —"*De la tutela, la curatela y la guarda de hecho*"- del Título II —"De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas"-, Sección comprensiva de un único precepto, el art. 52, que tiene por rúbrica "*[r]equerimiento y medidas de control*".

Resultan aplicables a los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que un guardador de hecho solicita la autorización judicial previa las normas generales de éstos, y, en particular, el art. 52.3, conforme al cual: "*En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial, antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite*".

Retengamos que mientras que el CC señala que la persona con discapacidad deberá ser oída, la LJV de 2015 señala que la autoridad

[27] José Ramón De Verda y Beamonte "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, n.º 10168, de 11 Noviembre 2022, versión digital LA LEY 10189/2022, pág. 19.

judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de ésta.

El art. 264.1 del CC señala que la autorización judicial puede comprender no sólo uno, sino "varios *actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*". Creemos que se trata de una norma importante, pues facilita la actuación del guardador de hecho en pro de la persona con discapacidad.

5) Sanción de los actos que necesitando autorización judicial previa se hacen sin ella

El CC guarda silencio sobre este tema.

Se trata de una cuestión que se ha planteado en los tribunales con relación a los actos de los padres representantes legales de sus hijos menores no emancipados bajo su patria potestad que necesitados de autorización judicial previa la misma no se ha obtenido (art. 166 CC), y con relación a los actos para los que los tutores -figura de protección tradicionalmente de menores y de personas incapacitadas (hoy como antes hemos apuntado es una figura reservada para los menores)- necesitaban autorización judicial previa sin haberse obtenido la misma (antiguo art. 271 CC) [28]. El TS no ha sido uniforme en la solución a este problema, habiendo defendido tres soluciones: 1) En ocasiones ha considerado que esos actos realizados por el representante legal sin la autorización previa impuesta legalmente merecen la sanción de la anulabilidad, de modo que si bien el negocio era eficaz, quedaba sometido a la espada de Damocles de su impugnación, pudiendo los menores o las personas con discapacidad confirmar el negocio cuando llegasen a la mayor edad o recuperasen la capacidad de obrar de la que total o parcialmente habían quedado privados con la sentencia de incapacitación (en el sistema anterior a la Ley 8/2021), caducando la acción a los 4 años ex art. 1301 CC desde que el negocio pudiese ser confirmado. Así, por ejemplo, la STS 1119/1955, de 5 diciembre 1955 -en un caso de actuación de un tutor de un incapacitado sin la autorización preceptiva del entonces Consejo de familia- y las SSTS 432/1994, de 9 mayo 1994 (rec. 1277/1991) y 216/2006, de 3 marzo 2006 (rec. 2331/1999) -en casos de actuación de los padres

[28] Vid. sobre el tema Mesa Torres, María del Pilar, *La gestión de los bienes y derechos de los menores de edad no emancipados sometidos a patria potestad o tutela*, con prólogo de Ignacio Gallego Domínguez, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), págs. 125 a 128 y 197 a 202.

sin la autorización judicial exigida por el CC; b) La segunda tesis defendida ha sido la de considerar que el acto o negocio es nulo de pleno derecho, por ir contra una ley imperativa protectora de menores o personas con discapacidad en relación con el art. 6.3 CC, o por falta de uno de los requisitos del art. 1261 CC, Así, por ejemplo, la STS 104/1995, de 17 febrero 1995 (rec. 3452/1991) -con relación a la actuación de los padres sin la autorización judicial; c) Finalmente en ocasiones se ha considerado que estamos ante un negocio incompleto, realizado sin representación suficiente, con extralimitación de poder, susceptible de ser ratificado cuando sea posible por aquél en cuya sedicente representación se hizo, de modo equivalente a lo que sucede en casos del art. 1259.2 CC [29]: STS, Pleno, 225/2010, de 22 abril 2010 (rec. 483/2006) —en un caso de menores de edad-, seguida por la STS 447/2010, de 8 julio 2010 (rec. 1871/2006) -en un supuesto de un tutor de sus hermanos incapacitados—, STS 440/2014, de 28 octubre 2014 (rec. 1644/2012) —en un supuesto de actuación de un padre de menores-, STS, Pleno, 2/2018, de 10 enero 2018 (rec. 2111/2015) —en un caso de una tutora de una persona judicialmente incapacitada. Además de las tres soluciones expuesta, la STS 21/2010, de 16 febrero 2010 (rec. 161/2006) admite en un caso de actuación de padres de menores de edad sin la autorización judicial preceptiva someter el contrato a condición suspensiva hasta que se alcance o resolutoria si no se obtiene la misma.

Esta misma cuestión es hoy planteable no sólo con relación a los padres que ejercen la patria potestad (art. 166 CC), a los tutores de los menores de edad (art. 287 CC en relación con el art. 224 CC), sino en el mundo de la discapacidad con relación a los curadores representativos de las personas con discapacidad (art. 287 CC) y con relación a los guardadores de hecho (art. 264.2 CC en relación con el art. 287 CC).

Consideramos que en caso de actuación de un guardador de hecho sin la autorización judicial necesaria la tercera de las posturas expuestas es la más acertada, de que debemos considerar que estamos ante un negocio incompleto, que podrá en su caso ser objeto de ratificación ex art. 1259.2 CC.

[29] Señala el art. 1259 del CC: "*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal*
El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante".

g´) Funciones representativas que corresponden al guardador de hecho directamente por ley, sin que sea necesaria la autorización judicial previa

Debemos partir de la idea general de que el guardador de hecho necesita la autorización judicial para todos los actos representativos salvo los expresamente excepcionados por la Ley.

1) Las dos excepciones del art. 264.3. Solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad -con límites- y realizar actos relativos a bienes de escasa cuantía y si especial significación personal o familiar

Conforme al art. 264.3 del CC, en redacción dada por la Ley 8/2021: "*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*".

El antecedente se encuentra en el art. 261.5 del Anteproyecto de 2018, con el que existe alguna diferencia: "*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*".

La redacción del vigente art. 264.3 CC de este apartado coincide literalmente con el art. 263.4 del Proyecto de Ley de 2021, que, al margen del cambio de numeración del precepto, ninguna modificación ha sufrido.

Si la regla general es la necesidad de autorización judicial para que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos en nombre de la persona con discapacidad, las excepciones, recogidas en el art. 264.3 deberían ser de interpretación restrictiva [30].

Si algo caracteriza a esta excepción es su relativa indeterminación lo que exige un esfuerzo interpretativo para fijar adecuadamente su extensión.

a) No es necesaria autorización judicial para que el guardador de hecho solicite una prestación económica a favor de la persona con

[30] Vid. igualmente, Montserrat Pereña Vicente, *op. cit.*, p. 82.

discapacidad, con límites, en tanto no suponga un cambio significativo en la vida de la persona (art. 264.3 CC).

Parece que el legislador está pensando, inicialmente, en prestaciones económicas públicas derivadas de la normativa de la dependencia, si bien, el precepto se manifiesta con generalidad abarcando no solo prestaciones públicas sino también privadas.

De hecho, el Anteproyecto de Ley de 2018, se refería de modo particular a las prestaciones públicas a favor de la persona con discapacidad: "*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad (…)*" (art. 261.5 CC).

Así pues, hay que tener en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El art. 28 se ocupa de regular el "*[p]rocedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema*", señalando en su apartado 1 que "*[e]l procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación (…)*". Desde el primer momento se admitió que un guardador de hecho pudiera pedir las prestaciones derivadas de la Ley en favor de una persona en situación de dependencia. Los arts. 17 a 19 se refieren a las prestaciones económicas que pueden recibir una persona con dependencia declarada, en concreto, prestación económica vinculada al servicio (art. 17), prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18), y prestación económica de asistencia personal (art. 19), refiriéndose el art. 20 a la cuantía de las prestaciones económicas.

Entendemos que la legitimación del guardador de hecho debe entenderse para las peticiones de las prestaciones en vía administrativa, comprendiendo la legitimación para interponer recursos administrativos. Se plantea la duda de si podrá acudir o no a la vía judicial. Lo cierto es que, si bien no se le reconoce expresamente tal posibilidad, lo que debería llevar a la exigencia de la misma ex art. 287.7.º del CC que exige la necesidad de autorización judicial previa, sin embargo, el propio precepto exceptúa los supuestos de urgencia, como sería éste, pues en otro caso caducaría el plazo de la acción para reclamar judicialmente [31].

[31] Vid. en el mismo sentido, Ascensión Leciñena Ibarra, "Art. 264", op. cit., p. 667, quien añade que, a su juicio, "si se le permite al guardador solicitar la

El CC no limita la naturaleza de las prestaciones que pueden ser solicitadas por el guardador de hecho en nombre de la persona con discapacidad. Sólo las limita objetivamente, de modo abierto: "*siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona*"

En cualquier caso, el guardador de hecho debe ser prudente con el ejercicio de esta actuación, pues puede producirse el efecto indeseado de que la obtención de una determinada prestación resulte ser perjudicial para la persona con discapacidad si la misma le hace perder otra de superior en valor, en cuyo caso, cabría generarse responsabilidad civil del guardador de hecho ex art. 1902 CC.

b) Tampoco es necesaria la *autorización judicial para la actuación del guardador de hecho en nombre de la persona con discapacidad "cuando (…) realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*" (art. 264.3 CC).

El precepto ciertamente es un tanto indeterminado, exigiendo un doble requisito cumulativo, que la actuación afecte a bienes de escasa relevancia económica y de poco significado personal o familiar. De este modo, aun cuando se trate de actos sobre bienes de escasa relevancia patrimonial si los mismos tienen un especial significado personal y familiar se exigirá la previa autorización judicial.

Así pues, en principio, todas las actuaciones ordinarias encaminadas a atender vivienda, vestidos, alimentación, ocio pueden entenderse comprendidas en el precepto [32].

Surge un problema al tratar de determinar qué ha de considerarse por bienes de "*escasa relevancia económica*". El CC no concreta qué deba entenderse por tal, por lo que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que puede variar en función del patrimonio de la persona con discapacidad. En la práctica llegar a concretar la especial significación personal o familiar, puede incluso presentar más problemas.

Está claro que las facultades representativas del guardador de hecho pueden abarcar las actuaciones con relación al patrimonio que

prestación, parecería razonable reconocerle también la posibilidad de «interponer demanda»".

[32] Vid. María José Segarra Crespo, "Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 111, 2023.

podemos calificar de ordinarias y habituales o aun sin serlo atiendan a la conservación del patrimonio de la persona con discapacidad, siempre con los límites del art. 287 CC (el "*en todo caso*" del art. 264.2 CC así lo exige)

El TS entiende que dentro de estas funciones permitidas al guardador de hecho se encuentra la gestión de la pensión, por lo que no se requiere autorización judicial para actuar en representación. Así la STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021) rechazó que procediera una curatela representativa con relación a una mujer con discapacidad que consideró estaba suficientemente atendida de hecho por su hijo, en atención a las circunstancias, considerando que entran dentro de sus funciones la gestión de su pensión: "*la gestión de la pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria*".

Destaquemos que el CC se fija en la relevancia económica de la actuación, sin distinguir entre actos de administración o de disposición" [33].

En alguna ocasión se ha propuesto un criterio objetivo. El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de 2018 señala: "*la expresión «escasa relevancia económica» que emplea el art. 261* [art. 264 en la Ley 8/2021] *podría pecar de excesiva indeterminación, considerándose oportuno fijar una cuantía de 400 euros para actos puntuales o un límite anual, referido a un sistema objetivo vinculado al salario mínimo interprofesional o a cualquier otro índice*".

Lo cierto es que dada la generalidad del CC parece más adecuado fijar la cuestión atendiendo a las circunstancias del caso. En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores, Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2021, podemos leer: "*La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al 'histórico bancario' puede resultar revelador a esos efectos), etc.*" [34].

La SAP de Cádiz, Secc. 5.ª, 787/2022, de 5 septiembre 2022 (rec. 861/2022) y la SAP de Cádiz, Secc. 5.ª, 788/2022, de 5 septiembre 2022 (rec. 529/2022) señalan: "*Las posibles actuaciones en las*

[33] María Pilar Ferrer Vanrell, *op. cit.*, p. 608, señala "*[y]a se trate de actos de administración o disposición ordinarios*".

[34] Citado por José Ramón De Verda y Beamonte, "Prueba de la guarda de hecho", *op. cit.*, pág. *.

que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc.", añadiendo que "*[l]a función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado*".

La SAP de A Coruña, Secc. 6ª, 23/2023, de 31 enero 2023 (rec. 115/2022) revoca la sentencia de primera instancia que en un caso en que existía una guarda de hecho constituyó una curatela representativa, por entender que los actos para los que se solicitaba el nombramiento del curador representativo puede hacerlos por sí el guardador de hecho sobre la base del art. 264 del CC, concretando de este modo qué actuaciones representativas del guardador de hecho caben en dicho precepto: "*La prueba revela que existe una guarda de hecho que supone apoyo suficiente y adecuado, clara y encomiablemente desde el punto de vista asistencial como pone de manifiesto el informe sociosanitario y también desde el punto de vista representativo pues la guarda de hecho puede ser asistencial y/o representativa. Nótese que la sentencia recoge como fundamento de la curatela la necesidad de representarla en todas aquellas situaciones y gestiones que pudieran resultar necesarias para el adecuado desarrollo de su vida diaria, como pudieran ser, en el ámbito sanitario tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, o cuestiones patrimoniales (pagos de IBI, declaraciones o pagos de impuestos, recibos, etc), gestiones bancarias o solicitudes de ayudas o prestaciones a las administraciones públicas. Puede entenderse, en esencia, que resultan ser las funciones representativas implícitas en la guarda de hecho conforme al art. 264* [apartado 3] *del Código Civil …*".

El Documento 1.º, de julio de 2023, relativo a "La guarda de hecho en la Ley 8/21", interpretativo del "Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario", firmado por la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, interpreta el concepto jurídico indeterminados de actos de "*escasa relevancia económica*", para cuya conclusión el art. 264.3 CC legitima al guardador de hecho, abogando por un *"enfoque amplio sobre dicho límite, ya que, de otra manera, un enfoque restrictivo dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios de la reforma*", pero, nos preguntamos, ¿ no es un principio de la reforma reducir los supuestos de representación al mínimo, considerándose excepcionales ?, ¿ en qué quedamos ?. La falta de claridad del texto plantea estos problemas.

El Documento 1.º de julio de 2023 que nos ocupa distingue entre gastos y atenciones finalistas y disposiciones no finalistas: a) Dentro de las finalistas se incluyen "*toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital. También alcanzaría a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para satisfacer sus necesidades ordinarias*"; b) Tratándose de gastos no finalistas el Documento entiende correcto fijar un límite cuantitativo.

"*Así, en términos de buenas prácticas, se puede convenir que el espacio delimitado bajo el concepto de «escasa relevancia económica» comprende toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital. También alcanzaría a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para satisfacer sus necesidades ordinarias.*

No presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades.

En cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas —como salvaguarda en consideración a que el guardador de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión—, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia. A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias -medios y necesidades- del caso concreto" [35].

Segarra Crespo [36] llama la atención sobre la afectación a la intimidad económica de la persona guardada que se puede producir lo que exige "extremas las cautelas respecto de dichos accesos por parte del guardador … La finalidad instrumental a la previsión legal de la guarda de hecho será el título legitimador del acceso, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales".

Nos parecen atendibles las posturas doctrinales que entienden que la actuación representativa de los guardadores de hecho en los casos urgentes puede extenderse más allá de lo ordinario, si bien, siempre dentro de los límites de los arts. 264.3 y 287 CC. Así, Lora-Tamayo [37] señala: "Con los límites del artículo 287 CC creemos que el guardador de hecho puede actuar directamente y sin autorización judicial en todos los casos de urgencia para la persona con discapacidad o de plazos perentorios, en los que si no actuase vendría un perjuicio para la persona con discapacidad y en todos aquéllos que de no hacerlo quedaría perjudicada, siempre que el acto jurídico de que se trate no tenga una relevancia económica excesiva, conforme al patrimonio del guardado y que carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264 CC)".

---

[35] Vid. INE. https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24900

[36] Vid. María José Segarra Crespo, "Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 111, 2023.

[37] Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, "La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 114, 2024, pp. 44 a 50. Vid. igualmente, "La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 19, julio-diciembre 2024, pp. 34 y ss.

2) Consentimiento para actos médicos

Si bien los actos "*de actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí*", realizados por el curador representativo o por el guardador de hecho necesitan de la autorización judicial previa, de conformidad con el art. 287.1 CC, añade el precepto que ello se entiende "*a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*".

Con relación al consentimiento informado en materia sanitaria debemos atender a nivel estatal la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [38], la cual se ocupa de regular el consentimiento informado en sus arts. 8 y ss., concretando el art. 9.3 los casos en los que el consentimiento se otorgará por representación, señalando en el apartado a) como primer supuesto el siguiente: "*Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*" [39]

Contempla, pues esta Ley la prestación del consentimiento informado por sustitución pudiendo prestarse, en caso de personas que no sean capaces de tomar sus decisiones, a falta de representante legal, por personas vinculadas por razones familiares o de hecho. Conforme al art. 9.6 el representante debe actuar atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente. Las decisiones contrarias deben ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. La prestación del consentimiento por sustitución será adecuada a las circunstancias y proporcionadas a las necesidades a atender, siempre en favor del paciente —con respeto a su dignidad—. El paciente participará en la medida de lo posible en la adopción de decisiones a lo largo del proceso sanitario (art. 9.7)

[38] La presente Ley es una ley estatal básica. Son muchas las Comunidades Autónomas que en el ejercicio de sus competencias en la materia han dictado normas de desarrollo y complementarias con respeto a lo dispuesto a la Ley 41/2002 básica estatal.

[39] El art. 9.3 tiene un apartado que la Ley 8/2021 ha olvidado adaptar al nuevo sistema, conforme al cual: "*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (…) b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia*".

4.4. Actos en los que el guardador de hecho no puede intervenir

Resultan aplicables al guardador de hecho, en cuanto que persona que desempeña una medida de apoyo informal, las prohibiciones recogidas en el art. 251 del CC, de modo que no puede intervenir en los actos recogidos en el mismo, ni prestando funciones de asistencia, ni de representación, por existir un conflicto de intereses con la persona bajo guarda. Señala dicho precepto que "*[s]e prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título*". Añade el precepto que "*[e]n las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas*".

4.5. En su caso, procede el nombramiento de defensor judicial en atención a la existencia de conflicto de intereses del guardador de hecho o a la complejidad del acto

El art. 264.4 CC después de referirse a la actuación representativa del guardador concluye señalando que "*[l]a autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan*".

¿ Cuáles son los asuntos cuya naturaleza así lo exija ?. Son claramente los casos recogidos en el art. 295.1.º y 2.º CC, que recoge una serie de supuestos en los que procede el nombramiento de un defensor judicial, no sólo por motivos objetivos, sino también subjetivos. En concreto: "*1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. (…).* Señala la STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021): "*Cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el art. 264 CC en su último párrafo expresamente establece que el juez «podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos*

que por su naturaleza lo exijan». Esto sucederá no solo cuando se aprecie conflicto de intereses sino también cuando, por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo".

4.6. Control judicial de la actuación del guardador de hecho

Todas las medidas de apoyo están sometidos a controles para evitar situaciones de abuso y conflictos de intereses entre el titular de la medida y la persona con discapacidad, de conformidad con el art. 12.4 de la Convención de Nueva York de 2006.

Con relación a las medidas que precisan de un acto de constitución señala el art. 250.7 del CC: "*Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida*".

La guarda de hecho aun cuando se constituya al margen de los tribunales de justicia o de la voluntad formalmente manifestada de la persona con discapacidad, ello no significa que esté exenta de posibles controles judiciales, que se realizarán en procedimiento de jurisdicción voluntaria, y que actuarán "a posteriori" de la actuación del guardador (arts. 265 CC y 52.1 de la LJV de 2015: a) De este modo, a instancias del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos, estableciendo, en su caso, las salvaguardias que considere necesarias (art. 265.1 CC y 52.1 LJV); b) del mismo modo la autoridad judicial puede exigir al guardador de hecho una rendición de cuentas, en cualquier momento, igualmente en procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 265.2 CC).

4.7. Derecho a reembolso de gastos justificados realizados por el guardador y a indemnización de daños y perjuicios por el mismo sin su culpa

El CC consagra el derecho del guardador "*al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo*" (art. 266 CC). Habrá que entender que los daños a cuyo resarcimiento tiene derecho el guardador de hecho son los sufridos sin su culpa.

GESTLEGAL

El art. 266 CC es una norma equivalente a lo señalado por el CC en materia de contrato de mandato (arts. 1728 y 1729).

5. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

La regulación de la guarda de hecho concluye con el art. 267 CC que fija las causas de extinción de la guarda de hecho, a saber:

1.º "*Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo*". Antes nos referimos al papel que la voluntad de la persona con discapacidad podía tener en el origen, la vida y la subsistencia de la guarda de hecho. La persona con discapacidad debe tener suficiente capacidad natural de entender y querer para solicitar que las medidas de apoyo se organicen de otro modo. De modo criticable omite el precepto la finalización de la guarda de hecho asistencial por la simple voluntad de la persona con discapacidad que no quiere que una persona concreta siga siendo su guardador de hecho [40], o si tiene suficiente discernimiento —en su caso con los apoyos necesarios— podrá otorga un poder preventivo que podrá poner fin a la actual guarda de hecho asistencial -nombrando apoderado al anterior guardador de hecho o a un extraño.
2.º "*Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.*" Así, la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica sin necesidad de apoyos.
3.º "*Cuando el guardador desista de su actuación*". En este caso el CC exige que previamente lo ponga en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
4.º "*Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente*".

Ante la insuficiencia de los apoyos prestados por el guardador de hecho el juez, a petición de parte legitimada, podrá prescindir de la guarda de hecho y establecer una curatela -incluso nombrando

[40] Vid. en sentido análogo JUDITH SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 5/13.

curador al anterior guardador de hecho (STS, Pleno, 1443/2023, de 20 octubre 2023 [rec. 7437/2022], STS, Pleno, 1444/2023, de 20 octubre 2023 ([8533/2022])

Si bien el CC no exige que el guardador de hecho deba rendir cuentas a la extinción de la guarda, sin embargo, del mismo modo que la autoridad judicial ha podido fijar en cualquier momento, la rendición de cuentas, de igual modo, ha podido fijar la necesidad de una rendición final justificativa de su actuación a la extinción de la guarda o exigir la misma en ese momento a petición de parte legitimada. A la misma será de aplicación analógicamente lo regulado para la curatela (292 y 293 CC), salvo que el juez al imponerla haya establecido otra cosa.

Hay que entender que el guardado o sus representantes podrán exigir del guardador de hecho responsabilidad por los daños y perjuicios que su actuación culposa le haya podido ocasionar. Ello a pesar de que el CC guarda silencio con relación al guardador de hecho a diferencia de lo que ocurre con la curatela (art. 294.1 CC). Con relación a la duración del plazo de la acción y del "*dies a quo*" para exigir tal responsabilidad, entendemos que debe aplicarse analógicamente el art. 294.2 CC dictado para la curatela, que contempla el plazo de tres años a contar desde la rendición de cuentas, y si esta no se ha impuesto, desde el cese de la guarda de hecho.

Si el guardador de hecho con anterioridad no se ha reintegrado de los gastos necesarios y de los daños sufridos en el ejercicio del cargo, podrá hacerlo en este momento [41].

La ley no contempla un derecho de remuneración por el ejercicio de la guarda de hecho, que se desempeña espontáneamente y, en la generalidad de los supuestos por familiares. A diferencia de lo que ocurre con la figura del curador, para el que si está previsto. No hay obstáculo alguno para que así se haya pactado entre guardado y guardador.

BIBLIOGRAFÍA

De Verda y Beamonte, José Ramón,

——,"La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, n.º 10168, de 11 Noviembre 2022, versión digital LA LEY 10189/2022, págs. 1 a 25.

[41] María Pilar Ferrer VANRELL, *op. cit.*, pp. 614 y ss.

——,"Prueba de la guarda de hecho", en www.idibe.org, 8 febrero 2024. https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho (fecha de última consulta: 28 febrero 2025).

Díaz Pardo, Gloria, "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio", en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, coordinado por M.ª Núñez, dirigido por M. Pereña Vicente y M.ª M. Heras Hernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 307 a 340.

Ferrer Vanrell, María Pilar, "Capítulo 23. Las medidas informales de apoyo: especial referencia a la guarda de hecho", en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, dirigido por F. Lledó Yagüe, M.ª P. Ferrer Vanrell, M.ª A. Egusquiza Balmaseda, F. López Simó, Fundación Notariado — Dykinson, Madrid, 2022, pp. 599 a 620.

Leciñena Ibarra, Ascensión, "Art. 263 a 267", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dirigidos por C. Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 647 a 678.

Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro,

——,"La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 114, 2024, pp. 1 a 6. https://www.elnotario.es/opinion/opinion/12724-la-representacion-en-la-guarda-de-hecho-de-la-persona-con-discapacidad. (fecha de última consulta: 28 febrero 2025)

——,"La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 19, julio-diciembre 2024, pp.13 a 55.

Mesa Torres, María del Pilar, *La gestión de los bienes y derechos de los menores de edad no emancipados sometidos a patria potestad o tutela*, prólogo de Ignacio Gallego Domínguez, Aranzadi, Las Rozas (Madrid).

Parra Lucán, María Ángeles, "La guarda de hecho de las personas con discapacidad" en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coordinado por S. Salas Murillo, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 211 a 264.

Pereña Vicente, Montserrat, "Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba", en *Entre persona y familia*, dirigido por J.R. de Verda y Beamonte, coordinado por G. Muñoz Rodrigo, A. Bueno Biot, Reus, Madrid, 2023, pp. 67 a 106.

Segarra Crespo, María José, "Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 111, 2023. https://www.elnotario.es/opinion/opinion/12346-una-iniciativa-de-responsabilidad-social-del-sector-bancario-facilitar-el-desarrollo-de-la-guarda-de-hecho-como-figura-de-apoyo-natural. (Fecha de última consulta: 28 febrero 2025)

Solé Resina, Judith, "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, dirigido por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo, coordinado por C. Gil Membrado, J.J. Pretel Serrano, Bosch — Wolters Kluwer, Barcelona, 2021, pp. 383 a 396 (Se ha consultado la versión digital LA LEY 11475/2021 — pp. 1/13).

TORTAJADA CHARDÍ, PABLO, "La prueba de la guarda de hecho", en *Entre persona y familia*, dirigido por J.R. de Verda y Beamonte, coordinado por G. Muñoz Rodrigo, A. Bueno Biot, Reus, Madrid, 2023, pp. 487 a 504.

JURISPRUDENCIA

A) Tribunal Supremo, Sala Civil

STS 1119/1955, de 5 diciembre 1955 (la publicación del CENDOJ no recoge n.º de recurso).
STS 432/1994, de 9 mayo 1994 (rec. 1277/1991)
STS 104/1995, de 17 febrero 1995 (rec. 3452/1991)
STS 216/2006, de 3 marzo 2006 (rec. 2331/1999)
STS 282/2009, de 29 abril 2009 (rec. 1259/2006)
STS 21/2010, de 16 febrero 2010 (rec. 161/2006)
STS, Pleno, 225/2010, de 22 abril 2010 (rec. 483/2006)
STS 447/2010, de 8 julio 2010 (rec. 1871/2006)
STS, Pleno, 625/2011, de 21 septiembre 2011 (rec. 1491/2008)
STS 440/2014, de 28 octubre 2014 (rec. 1644/2012)
STS, Pleno, 2/2018, de 10 enero 2018 (rec. 2111/2015)
STS 589/2021, de 8 septiembre 2021 (rec. 4187/2019)
STS 66/2023, de 23 enero 2023 (rec. 9739/2021)
STS, Pleno, 1433/2023, de 20 octubre 2023 (rec. 7437/2022)
STS, Pleno, 1444/2023, de 20 octubre 2023 (rec. 8533/2022)

B) Sentencias de Audiencias Provinciales.

SAP de Cádiz, Secc. 5.ª, 787/2022, de 5 septiembre 2022 (rec. 861/2022)
SAP de Cádiz, Secc. 5ª, 788/2022, de 5 septiembre 2022 (rec. 529/2022)
SAP de A Coruña, Secc. 6ª, 23/2023, de 31 enero 2023 (rec. 115/2022)
SAP de Pontevedra, Secc. 6.ª, 1/2024, de 9 enero 2024 (rec. 761/2023)

C) Juzgados de Primera Instancia

Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, n.º 8/2022, de 11 enero 2022
Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba n.º 81/2022, de 7 febrero 2022.

TEXTOS Y DOCUMENTOS CONSIDERADOS

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 2018. Publicado en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Documenta, pp. 247 a 310. http://nreg.es/ojs/index.php/RDC (fecha de última consulta 28 febrero 2025)
Informe del Consejo Fiscal de 17 octubre 2018 al Anteproyecto de Ley de 2018
Dictamen 34/2019, de 11 abril 2019, del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34 (fecha de última consulta 28 febrero 2025).

Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica 121/000027. *B.O.C.G.*, Congreso, XIV Legislatura, Serie A, de 17 julio 2020, n.º 27-1.

Circular Informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021).

Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, celebrado entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023.

Documento interpretativo al Protocolo marco entre FGE y Asociaciones Bancarias, N.º 1º, de julio de 2023, relativo a "La guarda de hecho en la Ley 8/21".

A PROPOSTA DE REGULAMENTO EUROPEU SOBRE A FILIAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

THE PROPOSAL FOR A EUROPEAN REGULATION ON PARENTHOOD IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: FIRST IMPRESSIONS *

Jéssica Marques Ferreira **

Resumo: No presente, as regras de conflitos sobre filiação são as de fonte interna dos Estados-Membros. Nenhum instrumento europeu em matéria de Direito Internacional Privado abrange esta matéria. E isso, num contexto de mobilidade global, cria inconvenientes às famílias, em especial no âmbito dos direitos das crianças decorrentes da filiação. Foi isso que motivou o legislador da União Europeia a apresentar uma proposta de regulamento sobre a filiação, com o objetivo de assegurar que a filiação estabelecida num Estado-Membro seja reconhecida em todos os Estados-Membros, independentemente da forma como o filho foi concebido ou como nasceu e do tipo de família. Através de regras de conflitos aparentemente neutras, esta proposta pretende assegurar que, se alguém é pai ou mãe num Estado-Membro, o seja em todos os Estados-Membros. Para melhor satisfazer esse objetivo, a proposta prevê a criação de um certificado europeu de filiação. Neste trabalho, iremos apresentar o diploma, analisar as soluções que propõe e chamar a atenção para os problemas que gera e para as dificuldades que não resolve.

* O texto que agora se apresenta corresponde, com desenvolvimentos, aos textos que serviram de base às nossas intervenções na terceira sessão da segunda edição das FDUP Private Law Legal Series, no dia 13 de novembro de 2024, dedicada a temas de Direito Internacional Privado, e no III Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões, no dia 15 de novembro de 2024, que decorreu na FDUP.

** Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Licenciada e Mestre em Direito pela FDUP. Doutoranda em Direito na FDUP. Investigadora do CIJ-FDUP.
Rua dos Bragas, 223, 4050-123, Porto
jferreira@direito.up.pt
https://orcid.org/0009-0005-6467-3639

Palavras-chave: Filiação, Direito Internacional Privado, Regras de conflitos de fonte interna, União Europeia, Estados-Membros, Certificado europeu de filiação

Abstract: At present, the conflict rules on parenthood are those of the internal systems of the Member States. No european instrument on Private International Law covers this issue. And this, in a context of global mobility, creates inconveniences for families, especially in the area of children's rights arising from filiation. This is what motivated the European Union legislator to present a proposal for a regulation on filiation, with the aim of ensuring that filiation established in one Member State is recognised in all Member States, regardless of how the child was conceived or born and regardless of the type of family. Through apparently neutral conflict rules, this proposal aims to ensure that anyone who is a parent in one Member State is a parent in all Member States. To better fulfil this objective, the proposal provides for the creation of a European certificate of parenthood. In this paper, we will present the proposal, analyse the solutions it proposes and draw attention to the problems it creates and the difficulties it does not solve.

Key Words: Parenthood, Private International Law, Internal conflict rules of the Member States, European Union, Member States, European certificate of parenthood

Sumário: 1. Considerações introdutórias. **2.** Organização sistemática do diploma e âmbito de aplicação. **3.** Competência jurisdicional. **4.** Lei aplicável. **5.** Reconhecimento de decisões judiciais e de atos autênticos com efeitos jurídicos vinculativos. **6.** Atos autênticos sem efeitos jurídicos vinculativos. **7.** Certificado europeu de filiação. **8.** Conclusões

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No presente, a filiação em Direito Internacional Privado (doravante, apenas DIP) é regulada pelas regras de conflitos internas de cada um dos Estados-Membros da União Europeia (de ora em diante, somente UE). Esse facto, no contexto atual de grande mobilidade dos sujeitos, cria inúmeros inconvenientes às famílias, no que tange ao reconhecimento da filiação, quando atravessam fronteiras, ao que acrescem os constrangimentos aos direitos das crianças decorrentes da filiação (*v.g.*, responsabilidades parentais, direito a alimentos, sucessão) [1]. Sabemos também que nenhum dos outros instrumentos europeus em matéria de DIP abrange estas matérias, antes as excluindo expressamente do seu âmbito de aplicação material [2].

[1] Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE preliminary observations on the creation of a European instrument on parenthood*, Bruxelas,

2022, p. 1. A este propósito, veja-se o ac. *Pancharevo* do Tribunal de Justiça da UE (doravante, apenas TJUE) — ac. do TJUE de 14 de dezembro de 2021, Proc. C-490/20, caso Pancharevo. Neste caso, estavam em causa uma nacional búlgara e uma nacional do Reino Unido, casadas e com residência habitual em Espanha, onde tiveram uma filha. Da certidão de nascimento da criança, emitida pelas autoridades espanholas, constavam as duas mulheres como mães da criança, nascida através de uma doação de esperma. Posteriormente, foi solicitada às autoridades búlgaras a emissão de uma certidão de nascimento, para emissão de cartão de identidade e passaporte búlgaros. A Bulgária indeferiu o pedido, solicitando informações sobre a filiação biológica da criança e dizendo que as certidões têm um único campo para a mãe e um campo para o pai. Ademais, alegou a violação da reserva de ordem pública, já que a Bulgária não autoriza o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. O TJUE afirmou que, tendo a criança cidadania europeia, não pode a Bulgária arguir as suas normas internas para recusar a emissão de um cartão de identidade. Assim, as autoridades búlgaras são obrigadas a reconhecer a filiação da criança, de modo a lhe permitirem a livre circulação no território europeu, sendo que esse reconhecimento, segundo o TJUE, não viola a reserva de ordem pública da Bulgária, uma vez que não fica este Estado obrigado a prever, no seu Direito nacional, a parentalidade de pessoas do mesmo sexo ou reconhecer, para fins diferentes do exercício dos direitos que o Direito da UE confere à criança, um vínculo de filiação entre a criança e as pessoas mencionadas como sendo os seus progenitores na certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas. Cfr. pontos 42 a 68 do ac. Deste modo, o TJUE adotou uma visão funcional do reconhecimento da filiação, porquanto esse reconhecimento fica ligado diretamente ao exercício das liberdades comunitárias, tal como escreve Helga Luku, "Free Movement, Children's Rights and National Identity in the EU Parenthood Proposal", in *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXIV, 2022/23, p. 348. O mesmo já tinha sido feito no ac. *Coman* (ac. do TJUE de 5 de junho de 2018, Proc. C-673/16, caso Coman) a propósito de um casal do mesmo sexo. Em causa estava um cidadão romeno e americano casado com um cidadão americano. O cônjuge americano pretendia obter o direito de residir na Roménia, na qualidade de cônjuge de um cidadão da UE, o que lhe foi negado com base no não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O TJUE entendeu que a recusa era desconforme ao Direito da UE, pois colocava a liberdade de circulação dos cidadãos da UE na dependência dos Estados-Membros. Disse o TJUE que o reconhecimento deste casamento, para efeitos de direito de residência, não violava a identidade nacional romena nem ameaçava a ordem pública. Cfr. pontos 39 a 51 do ac. Sendo assim, os cidadãos da UE podem exercer a liberdade de circulação sem precisarem de um total reconhecimento do casamento do mesmo sexo, das parcerias ou da filiação. Contudo, a jurisprudência comunitária não é clara na demarcação da fronteira entre o reconhecimento obrigatório pelo Direito da UE e o reconhecimento facultativo, razão pela qual vem a proposta de regulamento sobre a filiação exigir o reconhecimento da filiação para todas as circunstâncias, como se lê em Helga Luku, *ob. cit.*, pp. 348-349 e 354-355.

[2] Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations …", loc. cit., p.2. Vejam-se, *v.g.*, os artigos 1.º, n.º 2, alínea a) do

Tendo isto em mente, em 2020, Ursula von der Leyen referiu a necessidade de assegurar que a filiação estabelecida num Estado-Membro seja reconhecida em todos os demais Estados-Membros, para todos os efeitos, conforme se pode ler na exposição de motivos da proposta do regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento de decisões e à aceitação de atos autênticos em matéria de filiação e à criação de um certificado europeu de filiação. Esta proposta data de 7 de dezembro de 2022. Na mesma exposição de motivos, pode ler-se que o objetivo da proposta é "reforçar a proteção dos direitos fundamentais e de outros direitos dos filhos em situações transfronteiriças, incluindo o seu direito a uma identidade, à não discriminação e à vida privada e familiar, bem como aos direitos sucessórios e de alimentos noutro Estado-Membro, tendo primacialmente em conta o interesse superior da criança", na medida em que se estima que dois milhões de crianças possam enfrentar o problema da falta de reconhecimento da filiação. E isso apesar de o Direito da UE já exigir o reconhecimento da filiação estabelecida noutro Estado-Membro, mas apenas para efeitos do direito de livre circulação do filho, no âmbito da diretiva 2004/38/CE. Esta proposta é também parte integrante da Estratégia em favor da igualdade das pessoas LGBTIQ 2020-2025 [3] e da Estratégia da UE para os Direitos da Criança e Garantia Europeia para a Infância [4].

A exposição de motivos diagnostica as causas do problema: o facto de os Estados-Membros disporem de regras substantivas diferentes em matéria de estabelecimento da filiação em situações nacionais (competência que se mantém dos Estados); e a existência de regras distintas sobre competência internacional e de normas de conflitos

Regulamento das Sucessões (Regulamento [UE] n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu) e 1.º, n.º 4, alínea a) do Regulamento Bruxelas II *ter* (Regulamento [UE] 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças).

[3] A ficha de informação encontra-se disponível em https://commission.europa.eu/system/files/2020-11/lgbtiq_factsheet_2020-2025_pt.pdf (20.09.2024).

[4] A informação sobre esta estratégia encontra-se disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee_pt (20.09.2024).

diversas para o estabelecimento da filiação em situações transfronteiriças, bem como sobre o reconhecimento da filiação estabelecida noutro Estado-Membro (aspetos sobre os quais a UE pretende agora agir). Existem duas causas típicas quando se analisam os entraves à livre circulação nos casos de filiação contestada: i) os Estados-Membros que não permitem que os casais do mesmo sexo se tornem pais; ii) os Estados-Membros que proíbem a venda ou doação de óvulos, bem como a gestação de substituição. De facto, as crianças nascidas através de um contrato (*v.g.*, seja de gestação de substituição, seja através de clínicas de fertilidade, seja por meio da doação de óvulos) têm experienciado dificuldades na afirmação do seu *status filiationis* fora do Estado onde o contrato foi legalmente celebrado. Nessa medida, uma regulação europeia permitiria ultrapassar os constantes entraves levantados através da reserva de ordem pública [5].

A proposta, tendo por base que todos os filhos têm os mesmos direitos sem discriminação, abrange o reconhecimento da filiação, independentemente da forma como o filho foi concebido ou como nasceu e do tipo de família (*v.g.*, fica abrangido o reconhecimento de filhos de pais do mesmo sexo e de filhos adotados internamente num Estado-Membro) [6]. O objetivo do instrumento é complementar o arsenal legislativo da UE e resolver a questão preliminar da filiação quando esta surge no âmbito da aplicação dos demais instrumentos europeus em

[5] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, "The Proposal for a European Regulation on Filiation Matters — Overview and Analysis", in *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXIV, 2022/23, pp. 279-280. Sobre os diferentes entraves ao reconhecimento, cfr. Susanne Gössl; Martina Melcher, "Recognition of a status acquired abroad in the EU. — A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 1, 2022, pp. 1012-1043. As questões de filiação não foram, até ao momento, objeto de regulação europeia, já que se trata de uma matéria em que os diferentes Estados registam divergências profundas: muitos encaram como tabus assuntos como a homossexualidade, a procriação medicamente assistida, a gestação de substituição ou a parentalidade transgénero. Ademais, os pontos de colisão variam consoante o Estado: *v.g.*, na Grécia, a filiação de pessoas do mesmo sexo é rejeitada, mas já se admite a "barriga de aluguer"; em França, admite-se o casamento homossexual e a filiação de pessoas do mesmo sexo, porém rejeita-se a gestação de substituição. É, por isso, um tema pouco consensual, como escreve Hugues Fulchiron, "La proposition de règlement européen sur la filiation: coup de maître ou coup d'épée dans l'eau?", in *Journal du Droit International*, T. 150, n.º 4, 2023, p. 1173.

[6] Cfr. considerando 21.

matéria de DIP, sobre relações familiares e sucessórias. Assim, com fundamento no artigo 81.º, n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da UE, a UE decidiu legislar nesta matéria. Fica, naturalmente, excluída a competência dos Estados-Membros para adotar regras substantivas de natureza familiar e para definir o reconhecimento de casamentos e parcerias registadas celebradas no estrangeiro. A solução que esta proposta de regulamento almeja dar é simples: se alguém é pai ou mãe num Estado, é pai ou mãe em todos os Estados [7]. Para o efeito, o regulamento tem o cuidado de não abordar as questões sensíveis (*v.g.*, a gestação de substituição), propondo regras aparentemente neutras e suficientemente amplas, de modo a abranger todas as situações [8].

2. ORGANIZAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIPLOMA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Do ponto de vista sistemático, a proposta apresenta nove capítulos: i) objeto, âmbito e definições; ii) competência em matéria de filiação em situações transfronteiriças; iii) lei aplicável ao estabelecimento da filiação em situações transfronteiriças; iv) reconhecimento de decisões judiciais e de atos autênticos com efeitos jurídicos vinculativos emitidos noutro Estado-Membro; v) aceitação de atos autênticos sem efeitos jurídicos vinculativos emitidos noutro Estado-Membro; vi) o certificado europeu de filiação; vii) digitalização; viii) atos delegados; e ix) disposições gerais e finais.

Iremos dedicar a nossa atenção aos capítulos sobre a competência jurisdicional, a lei aplicável, o reconhecimento de decisões e o certificado europeu de filiação.

Quanto ao âmbito de aplicação do instrumento, começando pelo material, o mesmo é aplicável, nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1, "às questões civis de filiação em situações transfronteiriças" [9]. Excluem-se, no entanto, as matérias previstas no n.º 2, onde assume especial destaque a alínea e), concernente à adoção internacional [10]. Este

---

7 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 277.

8 Hugues Fulchiron, *ob. cit.*, p. 1176.

9 De acordo com o considerando 23, o conceito de "matéria civil" deve ser alvo de interpretação autónoma, à luz da jurisprudência do TJUE. Essa interpretação autónoma pode resultar na inserção no âmbito civil de questões que, em alguns Estados-Membros, são consideradas como de Direito Público.

10 A este propósito, é de ter em conta o considerando 27, que nos diz que a adoção internacional (isto é, aquela em que os filhos e os progenitores adotivos têm

instrumento segue a estrutura típica dos regulamentos europeus sobre DIP: uma lista de exclusões do âmbito de aplicação material. Ainda assim, no âmbito destas exclusões, a questão do estabelecimento da filiação será uma questão preliminar, o que poderia ter sido tratado no regulamento. Da mesma forma, ficando excluídos, na alínea a), os problemas relativos à existência, validade ou reconhecimento de um casamento ou de uma relação comparável, poderão surgir dificuldades e poderia ser melhor que essa questão preliminar fosse resolvida da mesma forma em todos os Estados-Membros, para evitar o risco de desuniformidade de julgados (*v.g.*, em muitos sistemas jurídicos, o estatuto matrimonial da mãe influencia o estabelecimento da filiação em relação a terceiro que não o marido da mãe) [11]. Outra complicação reside na adoção internacional: o artigo 3.º, n.º 2, alínea e) exclui a adoção do âmbito de aplicação material do regulamento, em consonância com o considerando 27, que explica que a adoção internacional se rege pela Convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mas ficam também excluídas do regulamento as adoções não abrangidas por esse instrumento convencional [12] (*v.g.*, adoção internacional que envolva

residência habitual em Estados diferentes) é regida pela Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em matéria de Adoção Internacional, de 1993, da qual todos os Estados-Membros são partes. Assim, o regulamento que a UE pretende adotar abrange apenas a adoção nacional, ou seja, aquela em que os filhos e os progenitores adotivos têm residência habitual no mesmo Estado-Membro e em que a adoção cria uma relação permanente de filiação (considerando 26). Para evitar confusões, há quem proponha que o regulamento indique que fica excluída a adoção internacional, conforme estabelecida pela referida convenção, como se lê em Christine Budzikiewicz [*et al.*], *The Marburg Group's Comments on the European Commission's Parenthood Proposal*, Cambridge: Intersentia, 2024, pp. 10-11. Há também quem sugira uma regra de conflitos própria para a adoção, na medida em que esta proposta parte do pressuposto (errado) de que todas as adoções que não caem no âmbito da Convenção são puramente internas a um Estado-Membro, tal como está desenvolvido em *ibidem*, pp. 50-52.

11 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 290.

12 *Ibidem*, pp. 290-291. Há quem sugira que, ao elenco das exclusões, sejam adicionadas as seguintes: a capacidade jurídica dos pais e das crianças; as responsabilidades parentais; decisões de adoção, medidas preparatórias da adoção e anulação ou revogação da mesma; obrigações de alimentos; nome e apelidos da criança; emancipação; *trusts* e sucessões. Isto mesmo se encontra escrito em Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations …", *loc. cit.*, p. 3. Em nosso entender, não vemos razão para uma

um Estado não contratante da convenção, colocando-se o problema do estabelecimento da filiação num Estado-Membro da UE). O considerando 24 realça que a filiação se refere a crianças e a adultos, o que, depois, é colocado em letra de lei no artigo 4.º, 2, de acordo com o qual filho "é uma pessoa de qualquer idade".

Do ponto de vista territorial, ficam vinculados todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca, tendo a Irlanda notificado a sua intenção de participar no regulamento em questão, conforme se pode ler nos considerandos 97-A e 98 do mesmo. À semelhança dos outros regulamentos europeus em matéria de DIP, este tem também aplicação universal (artigo 16.º), o que quer dizer que se aplica mesmo que a lei competente seja a de um Estado terceiro.

Por fim, o âmbito de aplicação temporal consta do artigo 72.º, aplicando-se o regulamento 18 meses depois da sua entrada em vigor. De acordo com o artigo 69.º, n.º 1, o regulamento será aplicável às ações judiciais intentadas e aos atos autênticos formalmente exarados ou autenticados a partir da data de aplicação do regulamento, pelo que importa saber se as novas regras serão aplicáveis aos filhos nascidos antes da entrada em vigor do diploma [13]. Mesmo assim, o n.º 2 desse artigo refere que, se a filiação tiver sido estabelecida anteriormente a essa data, mas em conformidade com uma das leis designadas como aplicáveis neste novo instrumento e num Estado-Membro competente ao abrigo deste regulamento, os Estados-Membros reconhecem i) a decisão judicial que estabeleça a filiação noutro Estado-Membro antes dessa data e ii) o ato autêntico exarado ou registado antes dessa data que estabeleça a filiação com efeitos jurídicos vinculativos no Estado-Membro de origem [14]. Significa isto que

alínea relativa à capacidade jurídica dos pais e das crianças, tendo em conta que a alínea c) do artigo 3.º, n.º 2 já exclui a capacidade jurídica das pessoas singulares. No caso das responsabilidades parentais e da emancipação, estas já se encontram expressamente excluídas pelas alíneas b) e d) do mesmo artigo.

13 Para mais desenvolvimentos, cfr. Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 114-115.

14 Trata-se de uma solução muito semelhante àquela que se encontra prevista no artigo 83.º, n.ºs 2 a 4 do Regulamento das Sucessões. É também idêntica à solução do artigo 69.º, n.º 2 dos Regulamentos sobre Regimes Matrimoniais e Parcerias Registadas (Regulamentos 2016/1103 e 2016/1104, do Conselho, de 24 de junho de 2016, que, respetivamente, implementam a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e a cooperação reforçada no

o reconhecimento pressupõe que a filiação foi estabelecida de acordo com uma das leis designadas no capítulo III do diploma e num Estado-Membro competente ao abrigo das regras presentes no capítulo II. No entanto, é difícil que este cenário se venha a verificar, uma vez que, por um lado, as regras sobre a lei aplicável são bastante inovadoras quando comparadas com as normas de conflitos internas dos Estados-Membros e, por outro lado, no caso dos atos autênticos, muitas vezes, os mesmos não indicam a lei que foi aplicada [15]. Além disso, os requisitos da norma causarão, na prática, enormes dificuldades, porquanto, para saber se a filiação foi estabelecida em conformidade com o regulamento e num Estado-Membro competente segundo o mesmo, a verificação teria de ser feita no Estado que tomou a decisão [16].

3. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

A definição de órgão jurisdicional consta do artigo 4, n.º 4, consistindo na autoridade de um Estado-Membro que exerce funções jurisdicionais em matéria de filiação, o que convoca o debate antigo sobre em que é que se traduz a função jurisdicional. Ainda assim, deve ficar excluída a autoridade que aplica a lei, sem, contudo, tomar alguma decisão ou decidir o litígio (*v.g.*, emissão de um certificado de nascimento no estrito cumprimento da lei) [17]. A identificação

domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas).

15 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 293.

16 Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 115-116.

17 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 291-292. O caso dos conservadores do registo civil levanta dificuldades acrescidas, como já se viu no caso *TB* (ac. do TJUE de 15 de novembro de 2022, Proc. C-646/20, caso TB). Neste caso, um nacional italiano e alemão casou, em Berlim, com um nacional italiano e, mais tarde, divorciaram-se, em Itália, perante um funcionário do registo civil, que emitiu uma certidão comprovativa do divórcio. Posteriormente, o ex-cônjuge de nacionalidade italiana e alemã solicitou, na Alemanha, a inscrição do divórcio no registo, todavia o serviço de registos ficou em dúvida sobre saber se era ou não necessário o reconhecimento prévio. A questão central era saber se o conceito de "decisão", previsto no artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II *bis* (Regulamento [CE] n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental), lido em conjugação com o artigo 2.º, n.º 4 deste Regulamento,

destas autoridades dependerá, assim, das regras internas de cada Estado-Membro (*v.g.*, uma hipótese que poderá levantar dificuldades é a do reconhecimento voluntário da paternidade, isto é, a perfilhação, que, em vários sistemas, não pressupõe um procedimento perante uma autoridade) [18].

abarca um divórcio resultante de um acordo celebrado pelos cônjuges e pronunciado por um funcionário do registo civil de um Estado-Membro em conformidade com a legislação deste último. Sendo assim, o problema é determinar se o conceito de "decisão", para estes efeitos, deve ser interpretado no sentido de que visa apenas os atos que emanam de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade que exerce prerrogativas de poder público e que têm um efeito constitutivo de direitos ou se abrange igualmente os atos jurídicos privados abrangidos pela vontade autónoma das partes, adotados sem essa participação com efeito constitutivo de uma autoridade estatal. O TJUE disse que "o conceito de decisão em matéria de divórcio abrange qualquer decisão de divórcio, independentemente da sua designação, que seja proferida por uma autoridade de um Estado-Membro competente". Ficam abrangidas as decisões de divórcio tomadas no termo de um processo judicial ou extrajudicial, desde que o Direito dos Estados-Membros confira igualmente às autoridades extrajudiciais competências em matéria de divórcio. Assim sendo, qualquer decisão proferida por essas autoridades extrajudiciais competentes em matéria de divórcio num Estado-Membro deve ser automaticamente reconhecida nos outros Estados-Membros. No caso dos divórcios por mútuo consentimento, o controlo que a autoridade nacional deve exercer consubstancia-se em i) um exame das condições do divórcio, à luz do Direito nacional, e ii) um exame da realidade e da validade do consentimento dos cônjuges no divórcio. Cfr. pontos 47 a 55. Alertando também para a necessidade de uma clarificação do conceito de tribunal, cfr. Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE position paper on the proposed Council Regulation regarding the recognition of parenthood between Member States*, Bruxelas, 2023, p. 5.

[18] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 293. Neste sentido, a doutrina germânica defende que deveria ficar claro que autoridades que emitem documentos civis (*v.g.*, uma certidão de nascimento) estão excluídas do conceito de tribunal, o que não surpreenderia se se considerar que o artigo 48.º, n.º 2 da proposta admite que, para além dos órgãos jurisdicionais, possam ser competentes outras autoridades para emitir o certificado europeu de filiação, como se pode ler em Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 14. Na sequência do ac. *TB*, os autores alemães evidenciam que os oficiais do registo passam a ser tribunais, para efeitos da definição do regulamento sobre filiação, pelo que a sua exclusão do conceito deveria ficar clara, como se propõe em *ibidem*, p. 16. Daí que proponham que a definição de tribunal deveria ser a seguinte: qualquer autoridade jurisdicional ou qualquer autoridade competente que exerça funções jurisdicionais ou que atue por delegação de competência de uma autoridade jurisdicional, desde que essas autoridades ofereçam garantias de imparcialidade e de contraditório e desde que as suas decisões possam, nos

O artigo 6.º apresenta uma série de critérios sobre a competência geral alternativa, com um claro objetivo de garantir o acesso à justiça [19] e refletindo o princípio *favor filiationis* [20], no momento da instauração do processo no órgão jurisdicional: a) da residência habitual do filho; ou b) da nacionalidade do filho; ou c) da residência habitual do requerido; ou d) da residência habitual de qualquer um dos progenitores; ou e) da nacionalidade de qualquer um dos progenitores; ou f) de nascimento do filho. Como fica evidente pelo uso da conjuntiva "ou", trata-se de critérios de competência alternativa. A exposição prevê que os objetivos foram facilitar o acesso à justiça e atribuir a competência a Estados-Membros próximos do filho, o que também decorre do considerando 39 [21]. Por outro lado,

termos da legislação interna do Estado-Membro, ser objeto de recurso para uma autoridade jurisdicional e tenham efeitos idênticos aos de uma decisão de uma autoridade jurisdicional sobre a mesma matéria, acrescentando também uma previsão no sentido de informar de que o exercício de funções jurisdicionais exige que a autoridade esteja, em geral, habilitada a decidir litígios entre as partes, tal como se pode ver em *ibidem*, p. 12.

19 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 294.

20 European Group for Private International Law, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, 2023, p. 2. Este grupo manifesta dúvidas quanto à pertinência dos critérios relativos ao local do nascimento do filho, da nacionalidade e da residência habitual de qualquer um dos pais, como se constata em *ibidem*.

21 Sendo o critério principal a residência habitual, surgirá o problema de saber em que é que esta consiste. Ora, o considerando 40 remete para a jurisprudência do TJUE, nos termos da qual, para além da presença física no território de um Estado-Membro, têm de ser apreciados outros elementos que demonstrem que essa presença não é, de modo algum, temporária ou intermitente e que evidencia um certo grau de integração do filho num ambiente social e familiar, que é, na verdade, o seu centro de vida. São fatores a ter em conta a duração, a regularidade, as condições e os motivos da permanência do filho no território do Estado-Membro em causa e a nacionalidade do filho, fatores que variam em função da idade do filho em causa. Incluem-se também o local e as condições de frequência da escola pelo filho, bem como as relações familiares e sociais do filho no Estado-Membro. A intenção dos progenitores de se instalarem com o filho num determinado Estado-Membro pode também ser tida em conta se essa intenção for expressa por medidas concretas (*v.g.*, compra ou arrendamento de uma residência no Estado-Membro em causa). A nacionalidade da pessoa que deu à luz ou a sua residência anterior no Estado-Membro do órgão jurisdicional em causa não é pertinente; o facto de o filho ter nascido nesse Estado-Membro e ter a nacionalidade desse Estado-Membro é insuficiente. A este propósito, vejam-se, *v.g.*, os acs. do TJUE de 2 abril de 2009, Proc. C-523/07, caso Korkein hallinto-oikeus, e de 22 de dezembro de 2010, Proc. C-497/10, caso

os critérios previstos nas alíneas c) a f) terão importância em situações, *v.g*, em que o filho viva fora da UE, tenha morrido ou nem sequer tenha nascido. No caso da competência baseada na nacionalidade, colocar-se-á a dificuldade da plurinacionalidade, mas essa dificuldade deve ser solucionada com base na jurisprudência *Hadadi* [22], nos termos da qual a plurinacionalidade significa pluralidade de foros competentes [23], tal como, aliás, resulta do considerando 41. O risco da existência de foros alternativamente competentes é, primeiramente, a litispendência, cuja solução consta do artigo 14.º, o qual recorre à regra da prioridade temporal; um outro risco é o *forum shopping* [24].

Mercredi. Sobre os elementos objetivo e subjetivo do conceito de residência habitual, veja-se a posição de Dulce Lopes, "Residência habitual no Regulamento das Sucessões — O caso particular dos adultos vulneráveis", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 238-239. Para a A., o elemento subjetivo/volitivo tem de estar presente, caracterizando a habitualidade e o centro de vida do sujeito. No Regulamento das Sucessões, contra a relevância autónoma desse elemento intencional, cfr. António Pinto Monteiro; Rui Pereira Dias, "Residência habitual à luz do Regulamento Europeu das Sucessões", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 147-149 e 151-152. Para os AA., os traços volitivos resultam da própria habitualidade, como se vê no caso dos menores e dos maiores acompanhados, pelo que a vontade deve ser autonomamente tida em conta somente quando se demonstre que a mudança de país ocorreu contra a vontade do sujeito, como se lê em *ibidem*.

22 Ac. do TJUE de 16 de julho de 2009, Proc. C-168/08, caso Hadadi.

23 Cfr. pontos 51 a 58 do ac.

24 Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 19. Nesta obra, considera-se que a competência do Estado-Membro do nascimento do filho é exorbitante, devendo ser eliminada, na medida em que não é um local que apresente uma proximidade duradoura com o filho nem é um local que se exija que coincida com a residência habitual ou com a nacionalidade deste. Para compensar, propõe-se a adoção da simples residência habitual do filho quando não se consiga estabelecer nenhuma residência habitual à data da instauração do processo. Esta simples residência seria estabelecida imediatamente após o nascimento e antes de a criança se estabelecer com os seus cuidadores, o que permitiria às famílias beneficiar de um foro mais permissivo em relação às técnicas de procriação medicamente assistida, dando, bem assim, proteção às crianças refugiadas e internacionalmente deslocadas, o que levaria à necessidade de eliminação do artigo 7.º, como se pode ler em *ibidem*, pp. 20-21. Por outro lado, as alíneas d) e e) asseguram a competência do Estado-Membro da residência habitual ou nacionalidade de qualquer um dos progenitores, o que se justifica porque, por vezes, os procedimentos relativos à filiação têm lugar ainda antes do nascimento da criança e a proximidade em relação aos progenitores é útil para efeitos de

Por outro lado, deteta-se uma certa incongruência entre a pluralidade de foros alternativamente competentes e o disposto no considerando 39, segundo o qual convém que a competência seja determinada com base no critério da proximidade, sendo, consequentemente, sempre que possível, competente o tribunal da residência habitual do filho. Quanto à competência do local do nascimento, embora represente uma novidade, a ideia deverá ter sido tolerar o turismo reprodutivo (*v.g.*, duas mulheres viajam até um Estado-Membro onde podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida, contrariamente àquilo que ocorre no Estado-Membro da sua residência habitual, pelo que é suficiente que o nascimento ocorra naquele Estado-Membro para as autoridades desse Estado terem jurisdição e aplicarem a sua própria lei, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, enquanto lei do local do nascimento, para reconhecerem a filiação em relação às duas mulheres) [25].

O artigo 7.º preceitua que, não podendo a competência ser determinada com base na norma anterior, é competente o Estado-Membro onde o filho se encontra (*v.g.*, é o caso de uma criança refugiada ou internacionalmente deslocada, como refere o considerando 42). Se esta norma não for interpretada restritivamente, abre a porta a abusos (*v.g.*, uma família de férias na UE pode instaurar uma ação de filiação, ainda que a relação jurídica não apresente qualquer ponto de contacto com a UE e, por isso, não haja nenhuma necessidade de um Estado-Membro ser competente) [26]. Já o artigo 8.º esclarece que, não sendo nenhum Estado-Membro competente ao abrigo dos artigos 6.º e 7.º, a competência será regulada pelas normas internas de cada Estado-Membro, o que parece um pouco excessivo, sobretudo se considerarmos a enorme amplitude já oferecida pelo artigo anterior e ainda o artigo seguinte [27]. Como é habitual, o legislador consagra, no artigo 9.º, um *forum necessitatis*, a fim de que, como diz o considerando 44, não haja denegação de justiça (*v.g.*, no contexto de guerra

recolha de prova (*v.g.*, amostras biológicas). No entanto, estas razões verificam-se relativamente à pessoa cuja filiação está em causa e não em relação a qualquer dos progenitores, pelo que os critérios atribuidores de competência deveriam ser restringidos nesse mesmo sentido (*v.g.*, se está em causa o estabelecimento da paternidade, a residência habitual ou nacionalidade da mãe nada têm a ver com o problema), assim como se defende em *ibidem*, pp. 21-22.

25 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 294.

26 Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 25.

27 *Ibidem*, p. 26.

num Estado), desde que o processo apresente uma conexão suficiente com o Estado-Membro onde a ação vai ser instaurada [28].

Tem particular interesse o artigo 10.º, respeitante às questões invocadas a título incidental, já que as questões de filiação podem facilmente surgir no contexto de outros processos, como, nomeadamente, as obrigações de alimentos e as sucessões. Ora, para acautelar estes casos, prevê esta norma que o órgão jurisdicional competente para decidir essas questões, ainda que não seja competente ao abrigo desta proposta de regulamento, pode decidir a questão da filiação se o desfecho do processo principal depender da resolução da questão incidental da filiação. Não obstante, a decisão que tome sobre a filiação apenas produz efeitos no processo em que é tomada. Trata-se de uma norma inspirada no artigo 16.º do Regulamento Bruxelas II *ter* (*v.g.*, num processo sucessório, o artigo 4.º do Regulamento das Sucessões consagra a competência do tribunal da residência habitual do falecido no momento do óbito, pelo que, se surgir uma questão relacionada com a filiação de um sucessível, o tribunal que está a tramitar o processo

[28] Embora essa conexão suficiente não costume ser concretizada pelos diversos regulamentos europeus que consagram o *forum necessitatis*, tem-se entendido que essa conexão manifesta-se através da nacionalidade ou residência habitual dos sujeitos envolvidos, como chama a atenção Isabel Reig Fabado, "Artículo 11", in José Luis Iglesias Buigues; Guillermo Palao Moreno (dir.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea — Comentarios a los Reglamentos (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 132. É igualmente verdade que a nacionalidade e a residência habitual são critérios utilizados pelas normas anteriores sobre competência, motivo pelo qual se torna difícil equacionar em que hipótese podem servir para fundamentar o *forum necessitatis*; contudo, é possível imaginar que esses critérios venham a ter relevância quando se trate, *v.g.*, de uma antiga residência habitual ou de uma anterior nacionalidade que não fundamentam a competência nos termos das regras gerais, como adverte Andrea Bonomi, "Article 11", in Andrea Bonomi; Patrick Wautelet, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple — Commentaire des Règlements (UE) nºs 2016/1103 et 2016/1104*, Bruxelles: Bruylant, 2021, pp. 494-495. No entanto, este critério atribuidor de competência pode levar, por considerações de estratégia processual, a hipóteses de *forum shopping*, pelo que a norma deve ser sempre interpretada tendo por base que o seu propósito é garantir a tutela judicial efetiva, como se lê em *ibidem*, p. 495 e em Isabel Reig Fabado, *ob. cit.*, p. 133. Por outro lado, exigindo a norma uma conexão *suficiente*, quer isso significar que a conexão pode ser bastante fraca, considerando também que o que está em causa é a necessidade de assegurar o acesso à justiça, como recorda Giacomo Biagioni, "Article 11", in Ilaria Viarengo; Pietro Franzina (ed.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples: A Commentary*, Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 123.

sucessório poderá avaliar o problema atinente à filiação, embora, em princípio, não seja competente para a matéria da filiação, de acordo com os critérios de competência adotados na proposta em estudo) [29].

Fica claro que, à semelhança daquilo que acontece no Regulamento Bruxelas II *ter*, o legislador europeu, neste campo, afasta a possibilidade de celebração de pacto de jurisdição, o que se justifica pelos vários critérios de competência alternativa fornecidos pelo artigo 6.º, que concedem já uma ampla liberdade na escolha do Estado-Membro no qual se vai instaurar a ação [30], ainda que haja quem defenda que se deveria admitir a eleição do foro, limitada aos casos em que a criança tem uma íntima conexão com um Estado-Membro e se as partes acordarem livremente [31]. Há, ainda, um setor doutrinal que advoga que, em lugar da alternatividade de foros competentes, os critérios de competência jurisdicional deveriam ser subsidiários, de forma a impedir o *forum shopping* e proteger a criança da hipótese de a ação ser intentada num Estado-Membro diferente daquele onde tem a sua residência habitual [32]. Por outro lado, a exposição de motivos esclarece que, considerando que, na maioria dos Estados-Membros, os direitos em matéria de filiação não podem ser resolvidos ou dispensados, a proposta não prevê a possibilidade de eleição de competência. Ademais, a admitir-se o pacto jurisdicional, surgiria o problema de saber quem é que poderia escolher, uma vez que, se o objetivo é definir quem são os pais, não seria praticável atribuir a escolha aos pais que ainda não se conhecem [33]. Ainda assim, parece-nos que essa restrição fica atenuada pelo leque relativamente amplo de tribunais nos quais se pode instaurar a ação.

Para terminar, o artigo 15.º apresenta uma norma análoga ao artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II *ter*, prescrevendo o direito das crianças a expressarem as suas opiniões, embora, no domínio da filiação, esse direito venha a ter um significado residual porque, em grande parte das vezes, a decisão a tomar não envolve opiniões (*v.g.*, estando em causa uma filiação biológica, não há espaço para

[29] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 295-296.

[30] Rui Moura Ramos, "Um novo regime do Divórcio Internacional na União Europeia", in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 194.

[31] Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations ...", *loc. cit.*, p. 6.

[32] *Idem*, "CCBE position paper ...", *loc. cit.*, p. 6.

[33] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 23-24.

opiniões porque a decisão a tomar depende de factos, ao passo que coisa diferente já se poderá dizer para a adoção [34]).

4. LEI APLICÁVEL

O primeiro aspeto a denotar, no âmbito da lei aplicável, é que, contrariamente aos demais regulamentos europeus sobre DIP, a proposta sobre a qual nos debruçamos não prevê a autonomia conflitual. O que bem se compreende, sobretudo se tivermos em conta que a filiação é uma daquelas matérias do domínio do Direito imperativo, além de que importa garantir a efetividade do regime jurídico imposto pela sociedade do país onde os filhos residem [35].

No artigo 17.º, n.º 1, prevê-se que a lei aplicável, em princípio, é a lei da residência habitual da pessoa que dá à luz, no momento do nascimento, sendo um elemento de conexão de fácil aplicação e que favorecerá o estabelecimento da filiação nos casos de gestação de substituição, já que, por regra, a pessoa que dá à luz terá residência habitual num Estado que permite o estabelecimento da filiação com base num contrato [36]; esta conexão é também "global", pois não distingue consoante as circunstâncias do nascimento (*v.g.*, dentro ou fora do casamento) nem tampouco de acordo com as modalidades de procriação e, bem assim, é uma conexão neutra, pois fala em *pessoa* que dá à luz e não em mulher [37]. Porém, o inconveniente desta conexão é que, sendo

[34] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 296. No mesmo sentido, até defendendo a eliminação da norma, cfr. Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 33-36.

[35] Javier Carrascosa González, "Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo", in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 165-166.

[36] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 297. Advogando que a principal conexão deveria ser a lei da residência habitual do filho, cfr. Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations …", *loc. cit.*, p. 7. No caso de a criança ainda não ter nascido ou não ter ainda sido estabelecida uma residência habitual, propõe-se a lei da nacionalidade do progenitor, como se lê em *ibidem*. Propõe-se também, em *ibidem*, que, quando a lei aplicável não providencie nenhuma filiação, a lei do foro seja aplicável, para facilitar a filiação. Há, ainda, quem proponha que deveria ser outra a lei aplicável em especial à contestação da filiação, havendo uma regra de conflitos especial para o estabelecimento e outra para a contestação, como se pode comprovar em Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 45-46.

[37] Hugues Fulchiron, *ob. cit.*, pp. 1180-1182.

imóvel, levará, muitas vezes, à aplicação de uma lei que não está, quando é aplicada, conectada com a situação, defraudando eventuais legítimas expectativas dos envolvidos (*v.g.*, uma mulher, com residência habitual em França, dá aí à luz, mudando-se, três anos mais tarde, para a Alemanha, onde um alemão reconhece a paternidade da criança, contudo a lei aplicável é a lei francesa que, neste momento, já não está fortemente conectada com a situação) [38]. Não surpreende a preferência que é dada pelo legislador europeu à residência habitual. Essencialmente, a residência habitual é um elemento de conexão relativamente fácil de ser determinado e densificado pelo TJUE. Favorece também a integração dos estrangeiros e não é discriminatório, para além de permitir a desejável coincidência entre *forum* e *ius*, dada a atribuição de competência jurisdicional aos tribunais do Estado da residência habitual [39]. Entre a integração e a identidade, a UE prefere a primeira, sendo a residência habitual mais reveladora de uma "efetiva proximidade a um ordenamento jurídico" [40]. É, ainda, um elemento de conexão que espelhará melhor o centro de interesses do sujeito e confere alguma relevância à autonomia privada, dado que a escolha da residência habitual será voluntária[41]. Sintetizando, a nacionalidade enfatiza a ligação entre o sujeito e um Estado, enquanto a residência habitual realça o vínculo entre a pessoa e a UE [42]. E, do ponto de vista do legislador europeu, percebemos e estamos em concordância com a opção pela residência habitual, considerando que esta permite prosseguir os fins do projeto europeu (primariamente, a integração europeia) [43].

---

38 Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 39 e Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 297.

39 Helena Mota, "O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação", in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2015, pp. 7-8.

40 *Idem,* "A determinação da residência habitual nos regulamentos europeus de direito internacional privado das relações familiares e sucessórias. Alguns problemas.", in *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões: As relações pessoais, familiares e sucessórias*, Coimbra: Geslegal, 2023, pp. 266-267.

41 Afonso Patrão, "Problemas práticos na Aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões", in *BFD*, Vol. XCIV, Tomo II, 2018, nota 5, p. 1173.

42 João Gomes de Almeida, *Direito de Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 74.

43 Jéssica Marques Ferreira, *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas — Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu*, Coimbra: Almedina, 2024, p. 175.

Contudo, lembra parte da doutrina que a averiguação da residência habitual da pessoa que dá à luz pode nem sempre ser fácil de verificar, em especial naqueles casos em que a gestante se encontra no estrangeiro, sendo um elemento de conexão que abre espaço à manipulação (*v.g.*, antes da guerra na Ucrânia, detetaram-se múltiplos casos em que, nos contratos de "barriga de aluguer", a gestante com residência habitual na Ucrânia se deslocava à Polónia, para que a criança nascesse no espaço da UE) [44]. Em nosso entender, esta dificuldade é ultrapassada se se atentar no conceito de residência habitual, que não nos parece que se satisfaça com estas deslocações, isto é, julgamos que a residência habitual não se altera com uma deslocação da gestante a outro Estado-Membro apenas para dar à luz no território da UE, uma vez que, num caso desses, não há, por parte da gestante, uma intenção, *objetivamente traduzida*, de se estabelecer nesse Estado [45].

Denota-se aqui, contrariamente ao que sucede com os demais regulamentos, uma ausência de coincidência imediata entre *forum* e *ius*, embora essa coincidência possa vir a existir pela combinação de um dos critérios alternativos de competência jurisdicional com a lei aplicável (*v.g.*, a ação é intentada no Estado do nascimento do filho e, não se podendo determinar a residência habitual da pessoa que dá à luz ao tempo do nascimento, aplica-se a lei do Estado do nascimento). Ainda assim, não é uma solução totalmente inovadora, sobretudo se compararmos os critérios de competência fornecidos pelo Regulamento Bruxelas II *ter* com a lei aplicável ao divórcio e separação judicial, definida pelo Regulamento Roma III [46]. Por outro lado, é com alguma surpresa que se vê a opção principal do legislador por uma

---

[44] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 297.

[45] Sobre o conceito de residência habitual no Direito da UE, já tivemos oportunidade de nos pronunciar desenvolvidamente, como se pode consultar em Jéssica Marques Ferreira, *ob. cit.*, pp. 54-58. De um modo geral, na UE, e tendo em conta a jurisprudência do TJUE, a residência habitual corresponde ao local onde o sujeito estabeleceu e pretendeu manter o seu centro de interesses. Ora, não nos parece que, tendo por base essa definição, se possa dizer que uma gestante que se desloca a outro Estado apenas para que a criança nasça dentro da UE tenha estabelecido nesse Estado a sua residência habitual, uma vez que aí não está o seu centro de interesses, tanto mais que a natureza da deslocação indicia que é transitória.

[46] Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

lei relativa à pessoa gestante e não ao filho, o que destaca uma ênfase nos pais e não nas crianças [47].

Se a lei da residência habitual da pessoa que dá à luz, no momento do nascimento, não puder ser determinada, aplica-se a lei do Estado do nascimento do filho. Em nossa opinião, esta disposição é dispensável porque vemos com dificuldade a possibilidade de o indivíduo não ter uma residência habitual, ao que acresce que, no Regulamento das Sucessões, no artigo 21.º, n.º 1, o legislador definiu a lei da residência habitual como principal conexão, sem ter visto a necessidade de prever a hipótese de não ser possível concretizar o elemento de conexão [48]. Sob outra perspetiva, a lei do Estado do nascimento do filho é um fator de conexão arriscado, na medida em que favorece o *forum shopping*, podendo, desse modo, levar à aplicação de uma lei desconectada da filiação, havendo quem proponha, em alternativa, a lei da nacionalidade da pessoa que dá à luz, por se tratar de uma conexão estável e forte, que apresenta contacto com a situação [49].

O n.º 2 preceitua que, se da lei aplicável referida no n.º 1 resultar o estabelecimento da filiação em relação a apenas um dos progenitores, quanto ao segundo progenitor, pode aplicar-se a lei da nacionalidade desse progenitor (aquele cuja filiação já está estabelecida), a lei da nacionalidade do segundo progenitor ou a lei da nacionalidade do filho. Esta regra favorecerá o estabelecimento da filiação para os casais do mesmo sexo (*v.g.*, no caso de duas mulheres, a lei prevista no n.º 1 permitirá o estabelecimento da filiação em relação à gestante, ao abrigo da regra *mater semper certa est*, enquanto, em relação à outra mulher, uma das três leis previstas no n.º 2 poderá permitir também o estabelecimento da filiação). Trata-se, por isso, de uma regra de conflitos materialmente orientada, através de uma conexão alternativa, já que o seu objetivo é claro — facilitar o estabelecimento da filiação —, em conjugação com o considerando 52 [50], denotando-se também que o regulamento assenta no

[47] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 277-278. Sobre este assunto, para mais desenvolvimentos, cfr. Ilaria Pretelli, "Filiation between Law, Language, and Society", in *Family status, Identities and Private International Law — A Critical Assessment in the Light of Fundamental Rights*, 2022.

[48] Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE position paper ...", *loc. cit.*, p. 8.

[49] *Ibidem*, p. 9.

[50] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 297-298. Se é verdade que se procura facilitar o estabelecimento da filiação, a outra face da moeda

estabelecimento da filiação em relação ao máximo de dois pais [51], embora não fique claro o critério por meio do qual deve o órgão de aplicação do Direito decidir qual das possíveis leis aplicar [52]. Questão interessante será saber como solucionar o caso quando o sujeito seja plurinacional. Todavia, o considerando 41, atinente à múltipla nacionalidade [53], indica que a questão está excluída do âmbito de aplicação desta proposta, mas, logo de seguida, refere que o plurinacional pode escolher uma das suas leis nacionais. Compreenderíamos a possibilidade de escolha se estivéssemos no âmbito da autonomia conflitual, mas, tratando-se de uma conexão supletiva, estranhamos o considerando. Nessa medida, cremos que a solução deve ser, por não se tratar de autonomia conflitual, a aplicação da lei da nacionalidade mais efetiva [54].

Causa perplexidade que se tenha previsto um conjunto de leis aplicáveis sem acautelar alguns perigos para as crianças que já foram identificados, *v.g.*, na aplicação da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993 [55]. A propósito deste instrumento, assinalaram-se alguns abusos, tais como gravidezes ilegais pagas, rapto de crianças, falsificação de certidões de nascimento e de óbito, venda de crianças, exploração sexual de menores, entre outros. Ora, face a este cenário, o legislador europeu não prevê uma regra que acautele especificamente estas hipóteses, muito embora comece por proclamar que um dos seus principais objetivos foi proteger os direitos das crianças, mas não aproveitando os ensinamentos advenientes de experiências anteriores [56]. Por outro lado, surpreende igualmente, neste contexto de alegada defesa dos direitos das crianças, a ausência de uma referência ao direito

consiste na multiplicação das autoridades competentes e das leis aplicáveis à contestação da filiação, conforme adverte Hugues Fulchiron, *ob. cit.*, p. 1186.

51 Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE position paper ...", *loc. cit.*, p. 9.

52 Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 40.

53 Cfr. os considerandos 22, 41, 50 e 49 dos Regulamento Roma III, Regulamento sobre Sucessões, Regulamento sobre Regimes Matrimoniais e Regulamento sobre Parcerias Registadas, respetivamente.

54 Para mais desenvolvimentos, cfr. Jéssica Marques Ferreira, *ob. cit.*, pp. 89 e ss.

55 Em Portugal, a Convenção aplica-se desde 1 de julho de 2004, tendo sido aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 8/03, de 25 de fevereiro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 6/2003, de 25 de fevereiro.

56 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 286-288.

ao conhecimento das origens, que assume a natureza de direito fundamental em diversos instrumentos nacionais e internacionais [57], e tem especial importância num contexto de crescente aumento da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida [58].

O artigo 18.º elenca, exemplificativamente, as matérias integradoras do âmbito da lei aplicável. Ainda assim, esta norma, por vezes, não tem clara a distinção entre a lei aplicável e o processo, ignorando o velho princípio *forum regit processum*. Desde logo, a alínea a) prevê que os procedimentos para estabelecer ou contestar a filiação integram o âmbito da lei aplicável, mas os procedimentos são matéria de processo, pelo que a redação carece de melhoramento. No mesmo sentido, os efeitos vinculativos e a força probatória dos atos autênticos são, igualmente, pertencentes ao campo do processo. Além do mais, os artigos 36.º e 45.º partem de um pressuposto: os efeitos de um ato ou a sua força probatória serão, em qualquer Estado-Membro, os mesmos que o ato tem no Estado-Membro de origem. Ora, se é essa a ideia, não se vê razões para esta matéria constar do artigo 18.º e ficar subordinada à lei aplicável, que poderá não ser a lei do Estado-Membro de origem do ato. Quanto à alínea c), referindo-se à legitimidade processual, é também um tema do âmbito processual,

[57] Vejam-se, *v.g.*, os artigos 7.º e 8.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que vigora em Portugal após ter sido aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro. No sistema interno português, o artigo 1990.º-A do CC consagra o direito das pessoas adotadas ao conhecimento das origens, que tem fundamento no direito fundamental à identidade pessoal, como escreve Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 536-538. No caso específico da procriação medicamente assistida, o legislador atribuiu, no artigo 15.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, às pessoas nascidas através destas técnicas, com mais de 18 anos, o direito a conhecer a identidade do dador ou dadora, como se pode ler, com mais desenvolvimento, em *ibidem*, pp. 530-531. A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou, em 2019, a recomendação 2156, sobre doação de esperma e óvulos, onde aconselha os Estados que permitem essa doação a criar um sistema de registo nacional dos dadores e das pessoas concebidas por esse meio, para facilitar a troca de informação. Também recomenda que seja criado um sistema transfronteiriço de troca de informação entre os registos nacionais. Cfr. Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, 2019.

[58] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 288-289.

pelo que a norma deveria abranger apenas o direito (substantivo) ao estabelecimento da filiação. Também seria útil, embora se trate de uma enumeração meramente exemplificativa, clarificar que as presunções de paternidade ou maternidade recaem no âmbito da lei aplicável, pelo seu extremo relevo no campo da filiação [59].

O artigo 19.º trata da questão da alteração da lei aplicável, dizendo que uma alteração posterior da lei aplicável não afeta a filiação anteriormente estabelecida ao abrigo da lei inicialmente aplicável. O que tem pouco sentido no caso de uma conexão imobilizada *no momento do nascimento*, como acontece no artigo 17.º, n.º 1 e, no n.º 2, com o Estado do nascimento do filho, já que esses momentos não são passíveis de sofrer alterações ao longo do tempo. No caso do recurso à nacionalidade dos progenitores, no artigo 17.º, n.º 2, a previsão do artigo 19.º já tem utilidade, na medida em que esse é um elemento de conexão móvel [60].

O artigo 20.º desta proposta regula os requisitos de validade formal de um ato unilateral destinado a produzir efeitos jurídicos no estabelecimento da filiação. O ato tem de cumprir os requisitos de forma exigidos por uma de três leis possíveis: i) a lei aplicável ao estabelecimento da filiação, tal como prevista pelo artigo 17.º; ii) a lei do Estado da residência habitual do autor do ato; iii) a *lex loci celebrationis*. Porém, a norma está limitada a atos unilaterais, podendo dar-se o caso de haver um ato conjunto [61]. O n.º 2 do mesmo artigo 20.º trata da prova do ato unilateral. No entanto, a norma respeita somente aos requisitos de validade formal e fica a dúvida sobre que lei aplicar às questões de validade substancial do ato (*v.g.*, paternidade reconhecida falsamente, com propósitos migratórios) [62]. Ademais, as questões sobre a prova não são habitualmente tratadas nos regulamentos da UE, ficando na competência da *lex fori* [63].

Como é habitual nos demais regulamentos da UE sobre DIP, o artigo 21.º exclui o reenvio. O artigo 22.º apresenta uma cláusula de reserva de ordem pública, o que se anteveria de especial importância

[59] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 47-50.
[60] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 298-299.
[61] Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE position paper ...", *loc. cit.*, pp. 10-11. No mesmo sentido, cfr. Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 54.
[62] European Group for Private International Law, *ob. cit.*, p. 3.
[63] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 54.

num domínio que envolve assuntos fraturantes, como é o caso da procriação medicamente assistida e da filiação envolvendo casais do mesmo sexo. Porém, o n.º 2 do artigo 22.º impõe um limite ao funcionamento da cláusula de reserva de ordem pública: o respeito pelos princípios fundamentais estabelecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e, em especial, o respeito pelo direito à não discriminação. Quer isto dizer que não pode o órgão jurisdicional recorrer à ordem pública para afastar uma lei que permite o estabelecimento da filiação entre pais do mesmo sexo, já que, de outra forma, haveria uma discriminação em função do sexo [64]. De seguida, o artigo 23.º cuida do problema dos ordenamentos plurilegislativos de base territorial, adotando um modelo indireto, à semelhança daquilo que ocorre com os demais regulamentos sobre relações familiares e sucessórias [65]. Curiosamente, e diferentemente do que sucede com outros regulamentos, neste, não encontramos uma norma relativa aos ordenamentos plurilegislativos de base pessoal, o que poderá criar dificuldades, na medida em que há sistemas jurídicos com leis materiais diferentes, em matéria de estatuto pessoal, consoante, *v.g.*, a etnia ou a religião dos sujeitos [66]. Por último, e também em sentido diferente de outros regulamentos, este não prevê uma cláusula de exceção [67] nem uma regra sobre as normas de aplicação imediata, havendo também quem proponha, face à conjuntura particular deste tema, uma norma sobre a simulação da filiação e sobre a filiação por conveniência (*v.g.*, fraude para obter vistos de residência) [68].

5. RECONHECIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS E DE ATOS AUTÊNTICOS COM EFEITOS JURÍDICOS VINCULATIVOS

No caso do reconhecimento de decisões e de atos autênticos, o regulamento assenta na reciprocidade, na medida em que apenas decisões e atos autênticos com origem em Estados-Membros são abrangidos,

64 Helga Luku, *ob. cit.*, pp. 350-351.

65 Vejam-se os artigos 33.º dos Regulamentos sobre Regimes Matrimoniais e Parcerias Registadas e 36.º do Regulamento das Sucessões.

66 European Group for Private International Law, *ob. cit.*, p. 3.

67 *Ibidem*. Defendendo a adoção de uma cláusula de exceção, cfr. Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations ...", *loc. cit.*, p. 7.

68 European Group for Private International Law, *ob. cit.*, p. 3.

como se pode ler nos artigos 24.º, n.º 1 e 44.º. O problema é que não é tão fácil assim estabelecer uma barreira clara de distinção entre situações comunitárias e extracomunitárias: tomando de empréstimo o exemplo de Cristina González Beilfuss e Ilaria Pretelli, se dois espanhóis contratam uma "barriga de aluguer" na Califórnia, nos Estados Unidos da América, obtendo uma decisão de um órgão jurisdicional californiano que atesta que são pais da criança lá nascida, as autoridades espanholas, aplicando o DIP espanhol, terão de decidir reconhecer ou não essa decisão, sendo que, neste domínio, não aplicarão o regulamento por ser uma decisão de um Estado terceiro; no entanto, se vierem a reconhecer a decisão, declarando a criança filha dos seus nacionais, será emitida uma certidão de nascimento espanhola que poderá circular nos Estados-Membros da UE, através do regulamento. Sendo assim, urge refletir sobre se não deveriam existir regras sobre o reconhecimento de decisões de Estados terceiros [69].

As regras, neste âmbito, correspondem ao que acontece nos demais regulamentos europeus, sustentando-se na confiança mútua na administração da justiça na UE. O reconhecimento é automático, sem necessidade de qualquer procedimento especial, de acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 2, e qualquer interessado pode requerer uma decisão que declare não haver motivos para a recusa do reconhecimento, como se encontra expresso no artigo 25.º, n.º 1. O reconhecimento é processado através de formulários anexos ao regulamento. Os fundamentos para a recusa encontram-se elencados no artigo 31.º, indo desde a ordem pública à falta de citação, entre outros [70]. No caso da ordem pública, o artigo 31.º, n.º 2 apresenta uma solução igual àquela que adotou em matéria de lei aplicável, isto é, impõe os limites da Carta e do direito à não discriminação, o que quer dizer que os Estados-Membros não podem recusar o reconhecimento apenas com fundamento no facto de os pais serem um casal do mesmo sexo [71].

---

[69] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 292. No mesmo sentido, cfr. Council of Bars and Law Societies of Europe, "CCBE preliminary observations …", *loc. cit.*, p. 8.

[70] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, p. 299. No caso das alíneas d) e e) do artigo 31.º, n.º 1, que permitem a recusa do reconhecimento com fundamento na existência de uma decisão judicial posterior incompatível, parte da doutrina critica esta solução, defendendo que o mais adequado é dar prioridade à decisão mais antiga, com base na regra *res iudicata*, tal como se escreve em European Group for Private International Law, *ob. cit.*, p. 3.

[71] Helga Luku, *ob. cit.*, pp. 351-352.

No que concerne aos atos autênticos com efeitos jurídicos vinculativos, começa por dizer o artigo 4.º, n.º 6 que ato autêntico é um documento exarado ou registado como ato autêntico em qualquer Estado-Membro, em matéria de filiação, cuja autenticidade se relacione com a assinatura e o conteúdo do instrumento e tenha sido estabelecida por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para o efeito no Estado-Membro de origem. O artigo 35.º esclarece que estes atos têm efeitos jurídicos vinculativos quando, cumulativamente, tenham sido formalmente exarados ou registados num Estado-Membro que declare a competência, de acordo com este regulamento, e tenham efeitos jurídicos vinculativos nesse Estado-Membro [72]. Certamente, surgirão dificuldades na determinação daquilo em que consiste o efeito jurídico vinculativo [73]. Por força do disposto no artigo 36.º, estes atos são reconhecidos noutros Estados-Membros, sem qualquer formalidade adicional. Quer isto dizer que os atos autênticos com efeitos jurídicos vinculativos são equiparados às decisões judiciais. Apesar deste sistema ser próximo daquele que se encontra previsto no Regulamento Bruxelas II *ter* para o divórcio, a verdade é que implica uma ausência de controlo efetivo e não estão em causa os mesmos interesses que se verificam em matéria de divórcio: no divórcio, trata-se de dois adultos, o que pode não acontecer com a filiação, tanto mais que, nesta, colocam-se também indecisões bioéticas [74]. Do artigo 39.º constam os fundamentos de recusa do reconhecimento destes atos, tratando-se de um elenco semelhante ao previsto para a recusa de decisões judiciais.

Não se olvide que, em conformidade com o considerando 67, o reconhecimento destas decisões e destes atos não implica o reconhecimento do eventual casamento ou parceria registada dos progenitores do filho cuja filiação esteja em causa. Para concluir, o artigo 41.º proíbe, em todas as circunstâncias, a revisão quanto ao mérito das decisões judiciais e dos atos com efeitos jurídicos vinculativos com origem noutro Estado-Membro.

Há, contudo, quem proponha a eliminação desta secção normativa, defendendo que bastam as normas sobre o reconhecimento de

[72] O artigo 71.º, n.º 1, alínea a) prevê que os Estados-Membros devem comunicar à Comissão as autoridades habilitadas a exarar ou registar os atos autênticos em matéria de filiação.

[73] European Group for Private International Law, *ob. cit.*, p. 2.

[74] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 299-300.

decisões judiciais e sobre a aceitação de atos autênticos. Quem assim pensa sustenta a sua posição na ideia de que atos autênticos com efeitos jurídicos vinculativos que se estendam a outros Estados-Membros inexistem nos Estados-Membros. De facto, nos sistemas dos Estados-Membros, a filiação é estabelecida por um de três meios: i) por via da lei (*v.g.*, presunção de paternidade do marido da mãe); ii) por declarações das partes (*v.g.*, perfilhação); iii) por decisão judicial. Ainda que, num grande número de Estados-Membros, a filiação conste de certidões, que são atos autênticos, esses atos não têm efeito jurídico vinculativo sobre a filiação, que se baseia antes num dos três meios possíveis, anteriormente indicados. Além do mais, uma declaração das partes será reconhecida por ser um ato autêntico, de acordo com os artigos 44.º e ss. da proposta; a filiação assente em decisão judicial é reconhecida por ser, precisamente, uma decisão judicial. Não obstante, o considerando 59 refere que se encaixam nestas normas, *v.g.*, o ato notarial de adoção ou uma decisão administrativa que estabeleça a filiação na sequência de um reconhecimento da paternidade. A verdade é que nenhum dos Estados-Membros admite a adoção com base em atos notariais e as decisões administrativas referidas são, na verdade, em consonância com a jurisprudência *TB*, decisões judiciais. Motivos que levam a julgar os artigos 35.º e ss. dispensáveis [75].

6. ATOS AUTÊNTICOS SEM EFEITOS JURÍDICOS VINCULATIVOS

A maioria dos atos autênticos não tem efeitos vinculativos, mas apenas um valor probatório, estabelecendo uma presunção ilidível de que as pessoas identificadas no documento são os pais da criança. Sendo essa presunção ilidível, pode ser afastada com base nas regras de competência jurisdicional e sobre lei aplicável consagradas no regulamento em estudo.

Nesse sentido, o artigo 45.º, n.º 1 diz-nos que a força probatória que estes atos têm no Estado-Membro de origem estende-se aos demais Estados-Membros, assim como se estendem os efeitos que produza naquele Estado, efeitos que serão o mais equiparáveis possível. Daí que exista um anexo ao regulamento onde se deve

[75] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, pp. 73-80.

descrever o valor probatório do ato no Estado-Membro de origem, tal como resulta do n.º 3 do mesmo artigo.

A aceitação do ato autêntico apenas pode ser recusada com recurso à reserva de ordem pública, de acordo com o referido artigo 45.º, n.º 1. Ainda assim, este único fundamento pode causar dificuldades nos casos em que existam diferentes atos autênticos conflituantes entre si (*v.g.*, criança plurinacional). Ainda que o regulamento pretenda uniformizar os sistemas conflituais dos Estados-Membros, para assegurar que a filiação é a mesma em toda a UE, pode suceder que o funcionamento da cláusula de reserva de ordem pública ou do artigo 17.º, n.º 2 levem a resultados distintos. Numa hipótese assim, revelar-se-á necessário determinar qual o ato autêntico que deve prevalecer e, para esse efeito, o considerando 74 diz somente que a autoridade deve decidir com base nas circunstâncias do caso, abrindo aqui um espaço para a subjetividade [76].

7. CERTIFICADO EUROPEU DE FILIAÇÃO

Inspirando-se no certificado sucessório europeu, o artigo 46.º prevê a criação de um certificado europeu de filiação, de solicitação facultativa, com o propósito de permitir a invocação do estatuto de filiação noutro Estado-Membro (artigo 47.º). Este certificado pode ser requerido pelo filho ou seu representante legal (artigo 49.º) [77].

O certificado não substitui outros documentos internos dos Estados-Membros (artigo 46.º, n.º 3), mas, uma vez emitido, produz os efeitos catalogados no artigo 53.º: a sua eficácia estende-se a todos os Estados-Membros, sem qualquer exigência de procedimentos adicionais, presumindo-se que a pessoa mencionada como filho de um ou mais progenitores tem o estatuto constante do certificado; este documento constitui também um documento válido para a inscrição da filiação no registo. Claro que, para que o certificado possa produzir estes efeitos, o pedido deve, nos termos previstos no artigo 49.º, n.º 3,

[76] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 300-301.

[77] *Ibidem*, p. 301. A doutrina alemã propõe um alargamento da legitimidade a qualquer familiar, na medida em que também os familiares podem adquirir direitos decorrentes da filiação (*v.g.*, um pai que quer reclamar o seu direito de residência, um neto que quer provar a sua avoenga), como se sugere em Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 95.

alínea e), apresentar os documentos com efeitos jurídicos vinculativos que comprovem a filiação. No entanto, não fica esclarecido o tipo de presunção que o certificado gera: se ilidível, se inilidível. Sendo este certificado inspirado no certificado sucessório, é razoável supor que a presunção é meramente relativa, isto é, ilidível, pese embora a questão devesse ser tratada em letra de lei, para olvidar dificuldades [78].

Pretendendo um interessado demonstrar uma filiação diferente, ao invés de intentar uma ação ou solicitar um ato autêntico em sentido contrário, deve solicitar a retificação, modificação ou revogação do certificado (artigo 55.º), bem como a suspensão dos seus efeitos (artigo 57.º). A competência pertence ao Estado-Membro de origem do certificado, pois unicamente um Estado deve estabelecer a filiação, daí que, emitido um certificado, mais nenhum Estado-Membro possa emitir outro, o que será difícil de concretizar face à multiplicidade de foros competentes. É de notar que, no caso do certificado, o legislador europeu não previu uma cláusula de reserva de ordem pública para obstar ao seu reconhecimento [79].

Ainda assim, é questionada a necessidade de um certificado: a doutrina alemã considera que, para aquilo que se propõe atingir com este novo documento, bastaria o reconhecimento das decisões judiciais e dos atos autênticos [80].

8. CONCLUSÕES

Não se antecipa que esta proposta chegue a bom porto. Basta, para isso, ter em conta as reações iniciais de diferentes Estados-Membros à proposta. O Parlamento da República Checa adotou uma resolução, segundo a qual a gestação de substituição deveria ser excluída do regulamento, assim como os Estados-Membros deveriam ter a oportunidade de recusar o reconhecimento da filiação nos casos em

[78] *Ibidem*, pp. 92 e 106. Sobre a natureza ilidível da presunção instituída pelo certificado sucessório europeu, cfr. José Simeón Rodríguez Sánchez; Gabriel Alonso Landeta, "Artículo 69", in José Luis Iglesias Buigues; Guillermo Palao Moreno (dir.), *Sucesiones internacionales — Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 556-557. E, com mais desenvolvimento, cfr. Patrick Wautelet, "Article 69", in Andrea Bonomi; Patrick Wautelet, *Le droit européen des successions — Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles: Bruylant, 2013, pp. 791-793.

[79] Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, pp. 301-304.

[80] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 91.

que a internacionalidade da situação é conferida por vontade das partes, de modo a contornar as restrições da sua legislação nacional [81]. Por sua vez, o Parlamento dos Países Baixos referiu a necessidade de conhecer os números das situações internacionais em que há inconvenientes para os filhos, de modo a perceber se esta iniciativa da UE é realmente necessária. Em França, o Parlamento questionou a compatibilidade entre, por um lado, a divisão de competências estabelecida pelos Tratados e o princípio da subsidiariedade e, por outro lado, um regulamento com efeito direto que impõe o reconhecimento automático de todas as filiações estabelecidas noutros Estados-Membros.

Razões que levam a crer que este regulamento só poderá ser adotado por via de uma cooperação reforçada entre aqueles Estados que estiverem de acordo com a proposta, pois que, de outra forma, será necessária a unanimidade do Conselho [82], nos termos previstos no artigo 81.º, n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da UE. O que não surpreenderia se tivermos em conta que, sempre que a UE interveio sobre as relações familiares, fê-lo por meio de cooperações reforçadas, permitidas pelo artigo 20.º do Tratado da UE [83], mas, a ser assim, ficará abalado o fito inicial dos mesmos direitos para todas as crianças [84]. Entre nós, a Comissão de Assuntos Europeus, em março de 2023, deu conhecimento às instituições europeias de que a iniciativa não viola o princípio da subsidiariedade, na medida em que o objetivo que se quer atingir será mais eficazmente atingido através da atuação da UE [85]. Para terminar, também nos parece

---

81 Cristina González Beilfuss; Ilaria Pretelli, *ob. cit.*, nota 34, p. 283.

82 *Ibidem*, pp. 283-284.

83 Vejam-se os considerandos 6 e 11 dos Regulamentos Roma III, dos Regimes Matrimoniais e das Parcerias Registadas, respetivamente, que indicam os Estados participantes nas cooperações reforçadas.

84 Helga Luku, *ob. cit.*, p. 365.

85 Veja-se o Parecer da Deputada Alexandra Leitão, disponível para consulta em https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/download/file/8a8629a886cf0b140186d27746190012/Parecer+Com+(2022)+695+-+Alexandra+Leit%C3%A3o_assinado.pdf (20.09.2024). Este parecer segue e incorpora as conclusões do Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre esta proposta de regulamento, de 8 de fevereiro de 2023, onde é dito que esta mesma proposta "não suscita dúvidas quanto à sua conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, na medida em que o instrumento escolhido, por um lado, e a realização dos objetivos a alcançar se atêm aos limites estabelecidos naqueles domínios". O relatório

prudente alertar para a complexidade normativa do instrumento, o que pode dificultar a sua aplicação, porquanto, no concreto domínio da filiação, e contrariamente ao que sucede noutras matérias onde interveio o legislador europeu, muitos dos aplicadores não têm formação jurídica (*v.g.*, funcionário do registo) [86].

BIBLIOGRAFIA CITADA

Almeida, João Gomes de, *Direito de Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas*, Coimbra: Almedina, 2012

Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, 2019, disponível em https://pace.coe.int/pdf/a1b29a06632a0d2f52ecb035e0209db36a6dd0b567d6055cb1de31bca2033b71?title=Doc.%2014995.pdf (24.09.2024)

Biagioni, Giacomo, "Article 11", in Viarengo, Ilaria; Franzina, Pietro (ed.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples: A Commentary*, Cheltenham: Edward Elgar, 2020, pp. 117-124

Bonomi, Andrea, "Article 11", in Bonomi, Andrea; Wautelet, Patrick, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple — Commentaire des Règlements (UE) nºs 2016/1103 et 2016/1104*, Bruxelles: Bruylant, 2021, pp. 490--497

Budzikiewicz, Christine [*et al.*], *The Marburg Group's Comments on the European Commission's Parenthood Proposal*, Cambridge: Intersentia, 2024, disponível em https://jimdo-storage.global.ssl.fastly.net/file/60830a68-bcf0-4321-842c-9f812aacd124/The%20Marburg%20Group's%20Comments%20Open%20Access.pdf (03.10.2024)

Carrascosa González, Javier, "Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo", in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 157-182, disponível em http://www.revista-redi.es/es/ (15.10.2024)

Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE preliminary observations on the creation of a European instrument on parenthood*, Bruxelas, 2022, disponível em https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/FAMILY_SUCCESSION_LAW/FSL_Position_papers/EN_FSL_20220729_CCBE-preliminary-observations-on-the-creation-of-a-European-instrument-on-parenthood.pdf (17.09.2024)

Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE position paper on the proposed Council Regulation regarding the recognition of parenthood between Member States*, Bruxelas, 2023, disponível em https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/FAMILY_SUCCESSION_LAW/

encontra-se disponível para consulta em https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/DetalheIniciativaEuropeia.aspx?BID=73870 (24.09.2024).

[86] Christine Budzikiewicz [*et al.*], *ob. cit.*, p. 3.

FSL_Position_papers/EN_FSL_20230331_CCBE-position-paper-on-the-proposed-Council-Regulation-regarding-the-recognition-of-parenthood-between--Member-States.pdf (28.09.2024)

European Group for Private International Law, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, 2023, disponível em https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/Observations-on-the-Proposal-for-a-Council-Regulation-in-matters-of-Parenthood.pdf (26.09.2024)

Ferreira, Jéssica Marques, *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas — Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu*, Coimbra: Almedina, 2024

Fulchiron, Hugues, "La proposition de règlement européen sur la filiation: coup de maître ou coup d'épée dans l'eau?", in *Journal du Droit International*, T. 150, n.º 4, 2023, pp. 1171-1208

González Beilfuss, Cristina; Pretelli, Ilaria, "The Proposal for a European Regulation on Filiation Matters — Overview and Analysis", in *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXIV, 2022/23, pp. 275-307

Gössl, Susanne; Melcher, Martina, "Recognition of a status acquired abroad in the EU. — A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 1, 2022, pp. 1012-1043, disponível em https://e--revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/6737/5290/ (03.10.2024)

Lopes, Dulce, "Residência habitual no Regulamento das Sucessões — O caso particular dos adultos vulneráveis", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 223-245

Luku, Helga, "Free Movement, Children's Rights and National Identity in the EU Parenthood Proposal", in *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXIV, 2022/23, pp. 345-366

Monteiro, António Pinto; Dias, Rui Pereira, "Residência habitual à luz do Regulamento Europeu das Sucessões", in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 133-152

Mota, Helena, "O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação", in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2015, disponível em https://cij.up.pt//client/files/0000000001/7_667.pdf (15.10.2024)

Mota, Helena, "A determinação da residência habitual nos regulamentos europeus de direito internacional privado das relações familiares e sucessórias. Alguns problemas.", in *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões: As relações pessoais, familiares e sucessórias*, Coimbra: Geslegal, 2023, pp. 265-282, disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/84122 (15.10.2024)

Oliveira, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 2020

Patrão, Afonso, "Problemas práticos na Aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões", in *BFD*, Vol. XCIV, Tomo II, 2018, pp. 1171-1200

Pretelli, Ilaria, "Filiation between Law, Language, and Society", in *Family status, Identities and Private International Law — A Critical Assessment in the Light of Fundamental Rights*, 2022, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4101805 (02.10.2024)

Ramos, Rui Moura, "Um novo regime do Divórcio Internacional na União Europeia", in *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*,

Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 183-236, disponível em https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/54634 (19.09.2024)

Reig Fabado, Isabel, "Artículo 11", in Iglesias Buigues, José Luis; Palao Moreno, Guillermo (dir.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea — Comentarios a los Reglamentos (UE) nºs 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 131-134

Rodríguez Sánchez, José Simeón; Alonso Landeta, Gabriel, "Artículo 69", in Iglesias Buigues, José Luis; Palao Moreno, Guillermo (dir.), *Sucesiones internacionales — Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 548-592

Wautelet, Patrick, "Article 69", in Bonomi, Andrea; Wautelet, Patrick, *Le droit européen des successions — Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles: Bruylant, 2013, pp. 779-805

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Ac. do TJUE de 2 abril de 2009, Proc. C-523/07, caso Korkein hallinto-oikeus, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CA0523 (19.09.2024)

Ac. do TJUE de 16 de julho de 2009, Proc. C-168/08, caso Hadadi, disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=72471&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir&occ=first&part=1&cid=31158 (14.10.2024)

Ac. do TJUE de 22 de dezembro de 2010, Proc. C-497/10, caso Mercredi, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0497 (19.09.2024)

Ac. do TJUE de 5 de junho de 2018, Proc. C-673/16, caso Coman, disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=202542&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=1933028 (26.09.2024)

Ac. do TJUE de 14 de dezembro de 2021, Proc. C-490/20, caso Pancharevo, disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=251201&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=1687623 (26.09.2024)

Ac. do TJUE de 15 de novembro de 2022, Proc. C-646/20, caso TB, disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=267974&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=916417 (24.09.2024)

EQUIPARAÇÃO LEGAL DAS UNIÕES DE FACTO AO CASAMENTO NO ACESSO À PENSÃO DE VIUVEZ SEGUNDO O DIREITO ESPANHOL?

LEGAL EQUIVALENCE OF DOMESTIC PARTNERSHIPS TO MARRIAGE IN ACCESS TO WIDOW'S PENSION UNDER SPANISH LAW?

Lucía del Saz Domínguez *

Resumo: Nosso estudo tem como objetivo analisar as diferenças e semelhanças no acesso à pensão de viuvez entre casamentos e uniões de facto no Direito espanhol. Apesar do progresso significativo na equiparação das uniões de facto ao casamento, é essencial destacar as nuances que ainda persistem e que geram disparidades no acesso a essa prestação social. Para isso, examinaremos detalhadamente o quadro normativo que regula a pensão de viuvez.

O tema selecionado tem grande relevância no âmbito do Direito de Família devido ao crescente reconhecimento de novas formas de convivência. A evolução das estruturas familiares e o aumento de casais que optam por não formalizar sua união através do casamento têm suscitado um debate jurídico sobre a necessidade de garantir a proteção social e patrimonial desses casais. Este debate é especialmente pertinente em situações de vulnerabilidade, como a causada pelo falecimento de um dos conviventes, onde a falta de reconhecimento legal pode deixar a parceria sobrevivente em uma situação de desproteção.

Abstract: Our study aims to analyze the differences and similarities in access to the widow's pension between marriages and domestic partnerships under Spanish law. Despite significant progress in equating domestic partnerships with marriage, it is essential to highlight the nuances that still persist and create disparities in access to this social benefit. To this end, we will examine in detail the regulatory framework governing the widow's pension.

* Profesora Ayudante Doctora, Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado de la Universidad de Castilla-La Mancha, Calle San Pedro Mártir, 7, 45002 Toledo Lucia.Saz@uclm.es , ORCID ID: https://orcid.org/0009-0000-7781-5054

The selected topic is highly relevant in the field of Family Law due to the growing recognition of new forms of cohabitation. The evolution of family structures and the increase in couples who choose not to formalize their union through marriage have sparked a legal debate on the need to ensure social and property protection for these couples. This debate is especially pertinent in situations of vulnerability, such as the death of one of the partners, where the lack of legal recognition can leave the surviving partner in a situation of lack of protection.

Palavras-Chave: união de facto, casamento, pensão de viuvez, direito de família, Segurança Social, diferença entre união de facto e casamento.

Keywords: domestic partnership, marriage, widow's pension, family law, Social Security, difference between domestic partnership and marriage.

Sumario: 1. Introducción. **1.1.** ¿Qué es una familia? Tipos de familia. **1.2.** Evolución del reconocimiento jurídico de las parejas de hecho en España. **2.** Regulación de las parejas de hecho. **2.1.** ¿Se deben aplicar las reglas del matrimonio a las parejas de hecho? **2.2.** Equiparación legal de las parejas de hecho al matrimonio en algunos supuestos concretos. **3.** Requisitos y reconocimiento de la pensión de viudedad para parejas de hecho. **4.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo nos proponemos analizar el tratamiento legal que el Derecho español otorga a las parejas de hecho en relación con la pensión de viudedad. Asimismo, destacaremos las principales diferencias observadas entre las parejas de hecho y los matrimonios en cuanto al acceso a esta prestación de la Seguridad Social.

1.1. ¿Qué es una familia? Tipos de familia

Ni el Código Civil ni la Constitución Española ofrecen una definición de lo que constituye una familia, pero el Tribunal Constitucional ha proporcionado indicaciones sobre lo que puede considerarse como tal.

En la actualidad, han aumentado las familias monoparentales, formadas por uno solo de los progenitores que convive con sus hijos. Esta situación puede darse por diversos motivos: porque el progenitor no está casado ni convive con el otro progenitor debido a separación o divorcio; porque el otro progenitor es desconocido o ha fallecido; porque los hijos son fruto de técnicas de reproducción asistida en madres solteras; o porque se trata de un caso de adopción por un solo adoptante.

Otro tipo de familias en aumento son las familias reconstruidas, formadas por parejas que aportan hijos de relaciones anteriores. Este tipo de familia plantea nuevos desafíos en cuanto a derechos y obligaciones respecto a esos hijos.

También existen familias derivadas del matrimonio, ya sea homosexual (reconocido) o heterosexual, así como familias formadas por parejas de hecho. Estas últimas no están reguladas en el Código Civil, aunque algunas Comunidades Autónomas cuentan con su propia normativa, contemplando las consecuencias civiles y los efectos de Derecho Administrativo.

Asimismo, se ha observado un aumento en los matrimonios entre personas de diferentes nacionalidades.

En el presente artículo nos detendremos en el estudio del tratamiento de la pensión de viudedad para matrimonios y parejas de hecho.

1.2. Evolución del reconocimiento jurídico de las parejas de hecho en España

Es importante señalar que, durante años, el Derecho positivo mantuvo una actitud de rechazo hacia este tipo de uniones, llegando incluso a calificarlas como relaciones ilícitas. Afortunadamente, esta postura ha evolucionado hacia una actitud de tolerancia y aceptación, llegando a otorgarles cierto reconocimiento jurídico. Coincidimos con Mesa Marrero en que el rechazo expreso, con incluso la penalización de esta forma de convivencia, ha desaparecido, "dando paso a una actitud de tolerancia y aceptación con el consiguiente reconocimiento de ciertos efectos jurídicos" [1], aunque, "si directamente acudiésemos a la Constitución para buscar el fundamento de efectos jurídicos a las parejas de hecho (…) constataríamos que estas relaciones no se contemplan expresamente en ninguno de sus preceptos" [2].

Los profundos cambios experimentados en la sociedad española en las últimas décadas, junto con el considerable incremento de uniones de hecho, han llevado al Derecho español a tomar conciencia de la relevancia de esta realidad familiar. Así, "el aumento de parejas que optan por la convivencia extramatrimonial y su aceptación social

[1] Carolina Mesa Marrero, *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 65.

[2] Susana Espada Mallorquín, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Navarra, Aranzadi, 2007, p. 63.

han provocado un cambio en la actitud de hostilidad e indiferencia que durante años adoptaron los diferentes sistemas jurídicos ante este tipo de familia" [3].

Vemos necesario iniciar este estudio con una primera aproximación al concepto de unión de hecho. "Los miembros de la pareja de hecho han de estar unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal (*affectio maritalis*), sin que exista una definición legal sobre este concepto" [4]. Este tipo de unión es conocida con una pluralidad de nombres (parejas no casadas, parejas de hecho, unión libre, convivencia *more uxorio*). También a nivel judicial se ha denominado a la unión extramatrimonial de distintas formas "como, por ejemplo, «convivencia marital», «familia atípica», «convivencia *more uxorio*», «afinidad matrimonial»; y, la doctrina la ha equiparado, a su vez, como una «familia de facto», «pareja no matrimonial» y «pareja de hecho registrada»; y los sociólogos como «cohabitantes»" [5].

Como es por todos sabido, se entiende por pareja de hecho o "convivencia *more uxorio*" aquella relación afectiva análoga a la del matrimonio, en la que los miembros no están casados, pero conviven juntos. Las características distintivas de estas parejas son: la convivencia entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, con voluntad de permanencia y en una situación equivalente a la de "marido y mujer" (concurriendo *"affectio maritalis"* [6]). Esto nos permite diferenciarlas, por ejemplo, de dos hermanas que viven juntas. Asimismo, dicho requisito nos permite excluir "la unión de vecindad, amistad, familiar, estudio, cultural, sociedad, comunidad

---

[3] Carolina Mesa Marrero, *Las Uniones de …, op. cit.*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 65.

[4] Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

[5] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

[6] Un problema que se advierte es que "la afectividad es un elemento de carácter subjetivo, perteneciente a la esfera íntima y personal del ser humano. No es posible probar de forma directa cuál es la relación de afectividad que une a dos personas. Es preciso acudir a la acreditación de aquellos elementos externos y objetivos cuyo cumplimiento lleva a colegir, acudiendo a la figura de la presunción, que nos hallamos ante una relación de estas características" Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

de bienes o cualquier otra de carácter análogo que carezcan de aquella característica propia de la unión conyugal" [7]. Además, ha de darse exclusividad en la relación.

Como afirma Marín López, "cada vez es más frecuente la convivencia estable de dos personas del mismo o de distinto sexo en una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, pero sin estar casadas" [8]. Esta tendencia se debe, en gran medida, a las ventajas que ofrece este tipo de unión, tanto en términos de acceso como en la libertad y facilidad de salida o ruptura. Los miembros de la pareja de hecho pueden romper la unión libremente, sin necesidad de un procedimiento judicial. Utilizando las palabras de Blázquez Agudo y Presa García-López, las principales diferencias entre las parejas de hecho y el matrimonio radican en la formalización y constitución del vínculo matrimonial, el cual solo puede disolverse mediante el divorcio. En contraste, las uniones de hecho "pueden romperse en cualquier momento por la decisión de no continuar con la convivencia, en principio, sin mayores consecuencias" [9].

Las razones que han podido influir en la citada expansión de las uniones no matrimoniales son múltiples, abarcando desde causas económicas hasta motivos culturales que hacen más viable este tipo de unión sin contraer matrimonio. Uno de los factores que puede llevar a la formación de una pareja de hecho es el rechazo al matrimonio. Sin embargo, la calificación "de las personas que rechazan la forma tradicional de convivencia es extrema, ya que la opción por este modelo familiar no puede identificarse con los grupos de fanáticos que viven oponiéndose continuamente a todo el sistema de la sociedad" [10]. Lo que sí es cierto es que "la mayoría de las parejas que optan por no casarse lo hacen porque no quieren el matrimonio como régimen jurídico" [11].

---

7 Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de …, *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

8 Manuel Jesús Marín López, "El matrimonio", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Derecho de Familia*, Madrid, Bercal, 2023, p. 47.

9 Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

10 Carolina Mesa Marrero, *Las Uniones de …, op. cit.*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 27.

11 Manuel Jesús Marín López, "El matrimonio", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Derecho de Familia*, Madrid, Bercal, 2023, p. 48.

En palabras de Mesa Marrero, "la presencia en la sociedad actual de las uniones no matrimoniales, como otro tipo de vida familiar, es una realidad social importante por el número de personas que optan por esta forma de convivencia" [12].

2. REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO

Hasta el momento, el Estado no ha legislado de manera global sobre las uniones extramatrimoniales de hecho. Sin embargo, la mayoría de las Comunidades Autónomas sí han tratado esta materia. Actualmente, son muy pocas las Comunidades Autónomas que carecen de su propia ley sobre parejas de hecho. Citando a Lamarca I Marquès y Alascio Carrasco, podemos afirmar que existe "una profusa legislación autonómica sobre la materia, en como mínimo quince de las diecisiete Comunidades Autónomas del Estado" [13].

En términos generales, estas leyes autonómicas se ocupan de la definición y los requisitos para apreciar la estabilidad de la unión y su consiguiente atribución de efectos, la publicidad a través de registros especiales, así como los efectos personales y económicos de la unión y su extinción. De este modo, los requisitos y efectos están establecidos en las respectivas leyes autonómicas.

2.1. ¿Se deben aplicar las reglas del matrimonio a las parejas de hecho?

En términos generales, hemos de responder esta pregunta en sentido negativo. El Tribunal Constitucional avala la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados por voluntad del legislador: el del matrimonio y el de las parejas de hecho, y considera que esta distinción no es inconstitucional.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial (parejas de hecho) no son realidades equivalentes, y que no constituye discriminación tratar de modo

[12] Carolina Mesa Marrero, *Las Uniones de ..., op. cit.*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 27.

[13] Albert Lamarca i Marquès y Laura Alascio Carrasco, "Parejas de hecho y pensión de viudedad", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007, p. 10.

distinto situaciones de hecho distintas. Un tratamiento diferenciado no produce discriminación, ya que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española exige la presencia de situaciones que deban considerarse iguales, mientras que no hay igualdad de supuesto de hecho entre el matrimonio y las demás uniones de pareja que se puedan formar.

A esto se refiere San Martín Mazzucconi expresando que "el legislador es libre de distinguir entre parejas de hecho y parejas de derecho, pues las situaciones fácticas no son idénticas y admiten, pues, un tratamiento diferente" [14].

En su estudio, Kahale Carrillo señala que "el Tribunal Constitucional (…) ha manifestado que, tanto el matrimonio como la convivencia *more uxorio* son situaciones diferentes. El matrimonio es un acto jurídico, registrado y probado documentalmente; mientras que, la convivencia de hecho es una relación fáctica no documentada, que arroja cierta inseguridad jurídica. De manera que la actual regulación de las pensiones de viudedad no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española (CE), por no contener alguna discriminación en función de una circunstancia social que trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído nupcias" [15].

Además, la mayoría de las parejas que optan por no casarse lo hacen porque no desean el régimen jurídico del matrimonio. Quienes no se casan, pudiendo hacerlo, es porque no quieren los efectos del matrimonio. Esto puede deberse a cuestiones ideológicas o a la idea de un "matrimonio a prueba", donde conviven juntos y, si la relación funciona, se casan. Como recoge Kahale Carrillo, "el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento"[16].

---

[14] Carolina San Martín Mazzucconi, "Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad elementos de un modelo que convendría generalizar", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 129, 2017, p. 53.

[15] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de …, *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

[16] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de …, *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

Sin embargo, existen determinados supuestos en los que las disposiciones normativas equiparan las parejas de hecho al matrimonio a efectos de reconocerles idénticos derechos y obligaciones.

2.2. Equiparación legal de las parejas de hecho al matrimonio en algunos supuestos concretos

Como hemos mencionado, en el contexto jurídico español, aunque las parejas de hecho y los matrimonios no son considerados equivalentes en todos los aspectos, existen ciertos supuestos en los que la legislación equipara ambos tipos de unión. A continuación, se presentan algunos ejemplos representativos de esta equiparación legal. No obstante, es necesario realizar puntualizaciones específicas sobre la pensión de viudedad, las cuales se abordarán en el apartado siguiente.

a. **Subrogación arrendaticia:** La Ley de Arrendamientos Urbanos equipara la convivencia de hecho con el matrimonio en materia de subrogación arrendaticia en caso de fallecimiento del titular del contrato de arrendamiento. Según el artículo 16, apartado 1, letra b), esta subrogación es posible siempre que haya hijos o una convivencia de al menos dos años, a diferencia del tenor del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que sólo reconocía la subrogación a favor del cónyuge del inquilino titular del contrato de arrendamiento[17].
b. **Protección contra la violencia de género:** Las parejas de hecho reciben la protección prevista para los casos de violencia de género, según la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

[17] El tenor literal del citado apartado era el siguiente: "al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria postestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación".

de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta protección se aplica incluso sin convivencia, conforme al artículo 1.1 de dicha ley.

c. **Reproducción asistida:** Las parejas de hecho pueden optar por las técnicas de reproducción asistida, conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

d. **Pensión de viudedad:** Los convivientes supervivientes tienen derecho a recibir la pensión de viudedad si cumplen una serie de requisitos. Estos incluyen la inscripción registral de la pareja o la formalización en documento público, una convivencia superior a cinco años y, anteriormente, una situación de dependencia económica[18] respecto del fallecido[19]. Estos requisitos están establecidos en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, modificado por el artículo 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y en el artículo 221 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Si bien, como menciona Kahale Carrillo, "hay que señalar que la redacción original no hacía mención a las parejas de hecho su modificación se produjo a consecuencia de la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social" [20]. Con dicha reforma se pretende la adaptación a la nueva realidad social, ampliando "la pensión

[18] Como expresa Pazos Pérez, "desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2021 existió una excepción con respecto a los supervivientes de parejas de hecho, que solamente podían acceder a la prestación de viudedad acreditando dependencia económica del sujeto causante. Actualmente, afortunadamente, se ha eliminado este requisito con la modificación introducida por la Ley 21/2021" Alexandre Pazos Pérez, "Protección de viudedad y parejas de hecho", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 163, 2022, p. 187.

[19] Ahora, la pensión de viudedad "se diseña como una prestación únicamente contributiva, (...) que no requiere dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni del superviviente de una pareja de hecho. Por tanto, la pensión de viudedad tiene naturaleza contributiva y es compatible con las rentas procedentes del trabajo o del capital mobiliario o inmobiliario, independientemente de su cuantía" Alexandre Pazos Pérez, "Protección de viudedad ..., *op. cit.*", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 163, 2022, pp. 186-187.

[20] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de ..., *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

> de viudedad a las parejas de hecho, ya que estas se han posicionado como una verdadera alternativa al matrimonio, dado que hay muchas parejas que prefieren convivir sin casarse" [21].

Blázquez Agudo y Presa García-López puntualizan que "el ordenamiento jurídico se presentan diversos ejemplos de este trato similar a las dos instituciones (…). Ya en el ámbito concreto de la Seguridad Social, en la actualidad se concede a las parejas de hecho la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad, siempre que cumplan ciertos requisitos" [22].

Afirma Ureña Martínez que "existen determinados supuestos concretos en los que disposiciones normativas de distinta índole proceden a la equiparación entre parejas de hecho y matrimonio a efectos de reconocimiento de idénticos derechos y obligaciones" [23], enumerando como ejemplos de equiparación legal de las parejas de hecho al matrimonio el derecho de subrogación arrendaticia en el caso de fallecimiento del titular, la protección contra la violencia de género y el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, la autora prefiere tratar de manera independiente el acceso a la pensión de viudedad por las parejas de hecho, señalando que "el paso del tiempo, unido a la importancia que han adquirido las nuevas formas de familia, ha llevado a que el legislador de la Seguridad Social reconozca la pensión de viudedad a las parejas de hecho" [24], aunque "con presupuestos de acceso distintos a los exigidos a las personas casadas" [25]. Como afirma Almendros González, "el reconocimiento como beneficiario de la pensión de viudedad a quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento mediante una relación no marital está condicionado por el cumplimiento de unos determinados requisitos" [26].

---

21 María Dolores García Valverde, "Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* n.º 2, 2021, p. 407.

22 Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

23 Magdalena Ureña Martínez, *Derecho de Familia,* Madrid, Tecnos, 2024, p. 24.

24 *Ibid*.

25 *Ibid*.

26 Miguel Ángel Almendros González, "Imprescriptibilidad y reconocimiento de la pensión especial de viudedad a las uniones de hecho", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20, 2011 [consultado *online*].

Citando a De Castro Mejuto, la reforma de la pensión de viudedad, "como gran novedad, atribuye dicha prestación a las llamadas «parejas de hecho», rompiendo la tradición que enlazaba dicha pensión con el estado civil de viudedad y, por ende, con el vínculo matrimonial" [27].

3. REQUISITOS Y RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD PARA PAREJAS DE HECHO

La acción protectora del sistema de la Seguridad Social incluye, entre otras, prestaciones económicas en situaciones de fallecimiento y supervivencia, conforme al artículo 42.1, letra c) del TRLGSS.

Entre las prestaciones por muerte y supervivencia, diseñadas para mitigar la situación de necesidad económica que surge para ciertas personas tras el fallecimiento de otras, se encuentra la pensión de viudedad. De acuerdo con Rodríguez Iniesta, "la necesidad atendida es la pérdida de los ingresos económicos que el fallecido aportaba a su familia (entiéndase cónyuge, pareja de hecho, hijos y otros parientes)" [28]. De manera similar, explica Kahale Carrillo que, de acuerdo con la configuración actual de la pensión de viudedad, ésta "no tiene por finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente un daño; cual es la falta o minoración de los ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de la contingencia de muerte de uno de los cónyuges" [29].

Desde la posición de González González, "la pensión de viudedad una de las prestaciones de la Seguridad Social más cuestionadas por no responder en la actualidad en muchos casos a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge -históricamente el

[27] Luis Fernando de Castro Mejuto, "A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 12, 2008, p. 241.

[28] Guillermo Rodríguez Iniesta, "La pensión de viudedad", en Maldonado, Juan Antonio y Val Tena, Ángel Luis de (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, España, Ediciones Laborum, 2017, p. 109.

[29] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de …, *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

marido-, cuyos ingresos constituían la única fuente de rentas familiar" [30]. Este mismo autor expresa que en la sociedad actual, al hallarse la mujer plenamente integrada en el mercado de trabajo y no depender "del cónyuge para su sostenimiento, la finalidad de la pensión ya no es la misma y, en la mayoría de los casos, aparece como prestación complementaria de otros ingresos o rentas del supérstite" [31].

Anteriormente, el ámbito de aplicación subjetivo de la pensión de viudedad estaba "restringido a quienes mantenían vínculo matrimonial y de ahí la expresa referencia al cónyuge superviviente, excluyendo el legislador de dicho ámbito al superviviente que hubiera convivido con el causante pero sin formalizar su vínculo o unión" [32]. Como enfatiza González González, tal regulación era "insuficiente y no atendía a la realidad social, en la que cada vez es más frecuente la convivencia de las parejas sin vínculo matrimonial" [33].

Aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, modificó los arts. 174 y 175 LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [Disposición derogada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre]) y, consiguientemente, el régimen jurídico de las citadas pensiones, disponiendo el reconocimiento de la pensión de viudedad también en los supuestos de parejas de hecho, han de cumplirse determinados requisitos, entre ellos, la inscripción en un registro *ad hoc*. Como sostienen Blázquez Agudo y Presa García-López, "la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (…) reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, pero no de forma absoluta, sino limitada a los supuestos en los que éstas cumplan ciertas notas" [34]. En sentido parecido se pronuncia González González al señalar que "el legislador ha ampliado el ámbito subjetivo de la pensión, reconociendo como beneficiarios al superviviente de una

[30] Carlos González González, "Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2009 [consultado *online*].
[31] *Ibid*.
[32] *Ibid*.
[33] *Ibid*.
[34] Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit*.", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

pareja de hecho, pero sin establecer la equiparación con el cónyuge viudo" [35].

Para estudiar esta figura, acudiremos a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS).

Rodríguez Iniesta pone de relieve que "los arts. 219 a 221 LGSS señalan tres posibles beneficiarios: a) Al cónyuge superviviente; b) Para los casos de separación, divorcio o nulidad el que sea o haya sido cónyuge legítimo (…); c) Al que se encontrase unido con el causante formando una pareja de hecho" [36]. De este modo, la pensión de viudedad se establece en favor del cónyuge sobreviviente del fallecido, de los supervivientes separados o divorciados del causante, o cuyo matrimonio se hubiera declarado nulo, así como de los supervivientes de una pareja de hecho, siempre que el causante, al fallecer, reuniera los requisitos previstos. Esto podría llevarnos a pensar que el tratamiento otorgado a estos casos será idéntico.

El artículo 219 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) regula la pensión de viudedad para el cónyuge superviviente, estableciendo que éste tendrá derecho a una pensión vitalicia, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción previstas legal o reglamentariamente. Para ello, se especifican ciertos requisitos que debe cumplir el causante en caso de fallecimiento por enfermedad común, lo que implica la necesidad de un período de carencia o cotización (condiciones que debe reunir el sujeto causante), ya que, empleando las palabras de Lamarca I Marquès y Alascio Carrasco, la pensión de viudedad es una pensión contributiva, "de forma que el cónyuge viudo sólo será beneficiario de la pensión si el premuerto o causante ha cotizado a la Seguridad Social durante un determinado período de tiempo" [37]. Estos requisitos no se aplican en casos de muerte por accidente, laboral o no, o por enfermedad profesional.

---

[35] Carlos González González, "Acceso de las …, *op. cit.*", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2009 [consultado *online*].

[36] Guillermo Rodríguez Iniesta, "La pensión de viudedad", en Maldonado, Juan Antonio y Val Tena, Ángel Luis de (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, España, Ediciones Laborum, 2017, pp. 116-117.

[37] Albert Lamarca i Marquès y Laura Alascio Carrasco, "Parejas de hecho …, *op. cit.*", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007, p. 8.

Seguidamente, se detallan los requisitos que debe reunir el cónyuge superviviente (beneficiario). No obstante, dichos requisitos solamente se exigen en caso de que el fallecimiento se produzca por una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal (es decir, el finado ya padecía esa enfermedad antes de casarse). En caso contrario, no se requieren condiciones adicionales.

En contraposición a los requisitos para el cónyuge superviviente, el artículo 221 del TRLGSS regula la pensión de viudedad para las parejas de hecho. Coincidimos con Rodríguez Iniesta en que "el primer problema con que nos encontramos es que no hay un concepto estatal de qué haya que entender por pareja de hecho, ni tampoco hay uniformidad en la legislación de aquellas Comunidades Autónomas que han optado por normar estas uniones" [38]. Es por ello que "la nueva redacción del artículo 221.2 de la LGSS, incluye un concepto de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social" [39], estableciendo los requisitos que deberá reunir a tenor del mismo.

En dicho artículo se establece que las parejas de hecho también tienen derecho a una pensión vitalicia, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción previstas legal o reglamentariamente, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 219 (requisitos respecto del causante). Empero, para ser reconocida la pensión de viudedad a favor de la pareja de hecho, se precisará la constatación de las siguientes condiciones:

i. Relación análoga a la matrimonial: la pareja debe tener una relación similar a la matrimonial y no tener impedimentos [40] legales para contraer matrimonio (por ejemplo, no estar casados con otra persona).
ii. Convivencia estable y notoria: la pareja debe haber convivido de manera estable e ininterrumpida durante al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

[38] Guillermo Rodríguez Iniesta, "La pensión de viudedad", en Maldonado, Juan Antonio y Val Tena, Ángel Luis de (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, España, Ediciones Laborum, 2017, p. 120.

[39] *Ibid*.

[40] "En otras palabras, debe tratarse de una pareja que, si hubiese querido, habría podido contraer matrimonio de acuerdo con nuestro ordenamiento civil" Carolina San Martín Mazzucconi, "Parejas de hecho …, *op. cit*.", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 129, 2017, p. 54.

Esta convivencia se acredita mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Este requisito no será necesario si existen hijos en común, en cuyo caso solo deberán probar la constitución de la pareja de hecho de acuerdo con lo previsto en el párrafo siguiente.

iii. Formalización o inscripción en un registro específico: la pareja debe estar inscrita en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante un documento público (por ejemplo, acta notarial) que acredite la constitución de dicha pareja. Tanto la inscripción como la formalización del documento público deben haberse realizado al menos dos años antes del fallecimiento del causante.

En resumen, para que la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad, es imprescindible acreditar su existencia formalmente (ya sea mediante la inscripción en el registro o con un documento notarial), sin que baste con acreditar únicamente la convivencia estable, aunque ésta haya sido prolongada. Es decir, la mera convivencia *more uxorio* no da derecho a la pensión de viudedad. Así, "parece clara la voluntad del legislador de extender la consideración de beneficiario de la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho, pero limitando dicho ámbito subjetivo a las parejas censadas o registradas" [41]. Como enfatiza De Castro Mejuto, "en otras palabras, (…) de todas maneras habrá que «casarse» ante el registro o ante el notario, publicitando la relación a través de un papel, de modo que se desvirtúa no sólo el carácter de la institución, sino también su origen" [42].

Blázquez Agudo y Presa García-López señalan que "se ha planteado si estos dos condicionantes son cumulativos o alternativos" [43].

Al respecto, destaca Rodríguez Iniesta que "los requisitos de convivencia (requisito material) y formalización (requisito formal)

[41] Carlos González González, "Acceso de las …, *op. cit.*", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2009 [consultado *online*].

[42] Luis Fernando de Castro Mejuto, "A propósito de …, *op. cit.*", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 12, 2008, p. 243.

[43] Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

de la pareja de hecho, son diferentes y acumulativos, debiendo reunirse ambos" [44].

En la misma línea, KAHALE CARRILLO manifiesta que "aunque existen pronunciamientos dispares en la jurisprudencia, (…) para el reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho es necesario acreditar tanto la convivencia como la inscripción registral" [45]. El citado autor expresa que la exigencia de la constitución formal de la pareja de hecho, con carácter *ad solemnitatem*, con determinada antelación mínima respecto a la fecha en que se produjo el fallecimiento del causante, "no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social" [46].

Coinciden BLÁZQUEZ AGUDO y PRESA GARCÍA-LÓPEZ en que "generalmente se demanda a las parejas de hecho, para reconocerles ciertos beneficios en el ámbito jurídico (incluido en el derecho de la Seguridad Social), que se encuentren inscritas en registros *«ad hoc»*. De forma que se exigen, por tanto, ciertos actos constitutivos para su reconocimiento" [47].

A modo de recapitulación, empleando las palabras de GARCÍA VALVERDE, para que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión que nos ocupa, "además de cumplir los requisitos propios de los matrimonios, que es tener capacidad para contraerlo, deberán acreditar una convivencia estable y notoria durante al menos los últimos 5 años, a la vez que estar inscritas en registro público o constituidas en documento público con al menos 2 años de antelación" [48].

---

[44] GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA, "La pensión de viudedad", en MALDONADO, JUAN ANTONIO y VAL TENA, ÁNGEL LUIS DE (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, España, Ediciones Laborum, 2017, p. 120.

[45] DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO, "La pensión de …, *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

[46] *Ibid*.

[47] EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO y RAQUEL PRESA GARCÍA-LÓPEZ, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

[48] MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* n.º 2, 2021, p. 407.

Al comparar los requisitos exigidos a las parejas matrimoniales y a las uniones de hecho para el acceso a la pensión de viudedad descubrimos "una cierta desconfianza del legislador hacia estas últimas uniones, al elevar el nivel de exigencia para el reconocimiento del derecho a la prestación" [49]. Para las parejas que nos ocupan se requiere acreditar "no sólo del transcurso de un período de duración de la convivencia notoria, estable e ininterrumpida de cinco años anteriores al hecho causante, sino también la formalización *ad solemnitatem* de la pareja de hecho, a través de inscripción en registro específico o documento público" [50] y "no se conforma con ello el legislador, pues si al matrimonio le basta su válida celebración (salvo en el caso de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal) para la pareja de hecho no es suficiente con su válida formalización, ya que aún han de transcurrir dos años desde entonces (que se conceptúan diferentes de los cinco años de convivencia sin perjuicio de su solapamiento en el tiempo) para que la pareja se pueda consolidar como *«pareja de derecho»*" [51]. Inicialmente, además, se exigía la acreditación de un estado de necesidad, probando la carencia de rentas.

Dicho trato desigual ha propiciado una enorme controversia, gran parte de la doctrina científica estima que la inclusión de las parejas de hecho como beneficiarias de la pensión de viudedad "ha significado un punto de partida, pero que se debe avanzar hacia la total equiparación entre matrimonios y parejas de hecho a efectos de acceder a la pensión de viudedad" [52].

Ureña Martínez sugiere que, a pesar de que las diferencias de trato existentes en torno a la pensión de viudedad entre parejas de hecho y matrimonios "no son consideradas por la doctrina constitucional contrarias al principio de igualdad, sería conveniente que el legislador de la Seguridad Social repensara la pensión de viudedad con carácter integral y la configurara con una misma fundamentación material, con independencia de que el favorecido por

[49] Eva María Blázquez Agudo y Raquel Presa García-López, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014 [consultado *online*].

[50] *Ibid.*

[51] *Ibid.*

[52] María Dolores García Valverde, "Pensión de viudedad …, *op. cit.*", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* n.º 2, 2021, p. 408.

dicha prestación sea una persona casada o se encontrara en pareja de hecho" [53].

Ciertamente, en nuestros días ya no tiene sentido proporcionar una "mayor protección jurídica a las personas casadas, por más que el TC se empeñe en recordar que matrimonio y parejas de hecho no son realidades equivalentes y está justificado su tratamiento jurídico desigual" [54]. Ureña Martínez aboga por conceder un tratamiento legal equivalente a este respecto al matrimonio y a las parejas de hecho, sobre la base de que la pensión de viudedad consiste en una prestación que se fundamenta en la protección de la familia y nuestro artículo 39, apartado 1, de la Constitución, ordena a los poderes públicos "que garanticen la protección social, económica y jurídica de la misma, sin realizar ninguna distinción en atención a una determinada modalidad familiar" [55].

En el presente estudio hemos comprobado que, si la vía de acceso a la pensión de viudedad que se pretende lo es a partir de una situación de pareja de hecho, ha de reunir los requisitos constitutivos exigidos por el artículo 221 del TRLGSS, y entre ellos, acreditar que la convivencia como tal pareja de hecho en el período inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, haya tenido una "duración ininterrumpida no inferior a cinco años". Kahale Carrillo entiende que con esta regulación el legislador pretende "evitar que situaciones fraudulentas lleguen a generar prestaciones a cargo de la Seguridad Social" [56]. También sugieren Lamarca I Marquès y Alascio Carrasco, respecto a la tradicional negativa del reconocimiento que también debe de estar en la base de este planteamiento "el temor al fraude o a decisiones equivocadas por la falta de seguridad jurídica que supone la inexistencia de un sistema formal único de constitución y acreditación de las parejas de hecho" [57].

---

[53] Magdalena Ureña Martínez, *Derecho de Familia,* Madrid, Tecnos, 2024, p. 25.

[54] *Ibid*.

[55] *Ibid*.

[56] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de …, *op. cit*.", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

[57] Albert Lamarca i Marquès y Laura Alascio Carrasco, "Parejas de hecho …, *op. cit*.", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007, pp. 8-9.

4. CONCLUSIONES

Tradicionalmente, se negó el reconocimiento de la pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja de hecho. En términos generales, se sostuvo que las parejas de hecho no generaban derecho a pensión en favor del conviviente supérstite. De esta manera, el superviviente no tenía derecho a percibir la pensión de viudedad, aunque la convivencia con el fallecido se hubiera prolongado durante un largo período de tiempo y aunque existieran hijos nacidos de la relación. Este trato diferenciado entre cónyuges casados y parejas de hecho fue avalado por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, como hacen notar Lamarca I Marquès y Alascio Carrasco, "es obvio que la relación material o económica que existe entre los convivientes de hecho y los cónyuges en el matrimonio es la misma: en ambos casos nos encontramos ante una unión de dos personas, con hijos o no, que han constituido una comunidad de vida, por lo que el daño que produce la muerte de uno de los dos es el mismo en ambos casos, y la cotización a la Seguridad Social realizada por el cónyuge causante ha sido la misma que la del conviviente" [58]. No debemos ignorar que "la cotización a la Seguridad Social que es lo que da lugar a la pensión contributiva, realizada por una persona en comunidad de vida con otra, se da igualmente si aquélla está unida en matrimonio o convive en pareja de hecho" [59].

Aunque en virtud de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, su regulación no es idéntica a la de los matrimonios. En este sentido, Kahale explica a la perfección que "con carácter general, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, aunque con importantes limitaciones respecto a la pensión de viudedad derivada del matrimonio de uno u otro sexo, ha añadido entre los beneficiarios de la pensión de viudedad a las parejas de hecho" [60].

[58] Albert Lamarca i Marquès y Laura Alascio Carrasco, "Parejas de hecho ..., *op. cit.*", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007, p. 8.

[59] Albert Lamarca i Marquès y Laura Alascio Carrasco, "Parejas de hecho ..., *op. cit.*", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007, p. 8.

[60] Djamil Tony Kahale Carrillo, "La pensión de ..., *op. cit.*", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016 [consultado *online*].

El artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción otorgada por la Ley 40/2007, amplió el ámbito subjetivo de los beneficiarios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho, pero lo hizo estableciendo condiciones específicas para el acceso a la prestación, diferentes de las requeridas para las uniones matrimoniales.

En la actualidad, el artículo 221 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) regula el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, imponiéndoles requisitos adicionales y más estrictos que los exigidos para los matrimonios. Cabe destacar que, aunque el legislador ha querido darle mayor protagonismo al incluirlo en un precepto exclusivo, esto, "no ha conllevado a otra novedad, dado que se sigue manteniendo la redacción que su norma antecesora ha marcado" [61].

No obstante, la jurisprudencia ha concluido que los Estados pueden establecer diferencias de trato entre cónyuges y personas no casadas, siempre que exista una justificación objetiva y razonable. Como se expresa en sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), de 10.06.2014, y STC (Segunda), de 21.07.2014, con cita a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Mata Estévez contra España, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa existencia de vínculo matrimonial), éste "afirmó, en su sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo -"a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio"- y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión". En la misma línea, en su STC n.º 41/2013, de 14.02.2013, recordaba que "se ha venido considerando de forma reiterada por nuestra doctrina que la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales" (FJ 3).

[61] *Ibid*.

BIBLIOGRAFÍA

Almendros González, Miguel Ángel, "Imprescriptibilidad y reconocimiento de la pensión especial de viudedad a las uniones de hecho", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20, 2011, pp. 43-50.

Blázquez Agudo, Eva María y Presa García-López, Raquel, "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 168, Aranzadi, 2014, pp. 157-196.

Castro Mejuto, Luis Fernando de, "A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 12, 2008, pp. 239-246.

Espada Mallorquín, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Navarra, Aranzadi, 2007.

García Valverde, María Dolores, "Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* n.º 2, 2021, pp. 402-425.

González González, Carlos, "Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2009, pp. 79-94.

Kahale Carrillo, Djamil Tony, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 187, Aranzadi, 2016, pp. 95-118.

Lamarca i Marquès, Albert y Alascio Carrasco, Laura, "Parejas de hecho y pensión de viudedad", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2007.

Marín López, Manuel Jesús, "El matrimonio", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Derecho de Familia*, Madrid, Bercal, 2023, pp. 41-49.

Mesa Marrero, Carolina, *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Navarra, Aranzadi, 2000.

Pazos Pérez, Alexandre, "Protección de viudedad y parejas de hecho", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 163, 2022, pp. 185-215.

Rodríguez Iniesta, Guillermo, "La pensión de viudedad", en Maldonado, Juan Antonio y Val Tena, Ángel Luis de (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, España, Ediciones Laborum, 2017, pp. 109-136.

San Martín Mazzucconi, Carolina, "Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad elementos de un modelo que convendría generalizar", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 129, 2017, pp. 47-68.

Ureña Martínez, Magdalena, *Derecho de Familia,* Madrid, Tecnos, 2024.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del TC (Pleno) de 14.02.2013, en BOE 61/2013, de 12.03.2013.
Sentencia del TC (Pleno) de 10.06.2014, en BOE 162/2014, de 04.07.2014.
Sentencia del TC (Segunda) de 21.07.2014, en BOE 198/2014, de 15.08.2014.

A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE EX-CÔNJUGES E O PROLONGAMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

"THE ALIMENTARY OBLIGATION BETWEEN FORMER SPOUSES AND THE EXTENSION OF THE DUTY OF SUPPORT IN THE PORTUGUESE CIVIL CODE."

Luiza Fernandes Oliveira Couto *

Resumo: O presente estudo analisa a obrigação alimentar entre ex-cônjuges conforme previsto no Código Civil Português. O direito a alimentos entre ex-cônjuges radica no prolongamento do dever de assistência conjugal. Todavia, a ausência de um limite temporal explícito na legislação para que os alimentos sejam fixados após o divórcio, ou mesmo a ausência de limite temporal para perdurar esta obrigação no tempo, gera insegurança jurídica, especialmente nos casos em que a necessidade do ex-cônjuge beneficiário possa prolongar-se indefinidamente, pois questiona-se qual o limite do dever de assistência pós-conjugal. O presente estudo busca explorar as questões jurídicas e sociais protegidas a esta obrigação, questionando o alcance e a extensão do auxílio que deve ser concedido ao ex-cônjuge. Propõe-se discutir a necessidade de uma regulamentação temporal expressa na legislação para as hipóteses de fixação de alimentos ao ex-cônjuge. Uma vez que, os alimentos pós-divórcio devem harmonizar o princípio da solidariedade com a preservação da segurança jurídica e o respeito aos direitos individuais dos ex-cônjuges, considerando as complexidades da conjuntura atual.

Palavras-chave: Obrigação alimentar. Divórcio. Ex-cônjuge. Limite temporal. Princípio da solidariedade. Segurança jurídica.

Abstract: This study analyzes the alimentary obligation between former spouses as provided for in the Portuguese Civil Code. The right to alimony between

* Advogada e Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas na Universidade de Coimbra. Orcid: https://orcid.org/0009-0005-0989-3188. E-mail: luiza@coutofernandesadvogados.com.br.

former spouses is rooted in the extension of the marital duty of support. However, the absence of an explicit time limit in the legislation for determining alimony after divorce, or even the lack of a temporal limit for the continuation of this obligation over time, creates legal uncertainty. This is particularly concerning in cases where the beneficiary spouse's need may extend indefinitely, raising questions about the limits of post-marital support. This study seeks to explore the legal and social issues surrounding this obligation, questioning the scope and extent of the support that should be granted to a former spouse. It proposes a discussion on the necessity of explicit temporal regulation in the legislation for cases involving the determination of alimony for former spouses. Post-divorce alimony should balance the principle of solidarity with the preservation of legal certainty and the respect for the individual rights of former spouses, considering the complexities of the current socio-economic context.

Keywords: Alimentary Obligation. Divorce. Former Spouse. Time Limit. Principle of Solidarity. Legal Certainty.

Sumário: Introdução **1.** A pensão alimentícia como efeito do divórcio em portugal **1.1** Previsão legal e princípios norteadores das obrigações alimentares entre ex-cônjuges **1.2** A reforma legislativa sobre o divórcio de 2008 e a promoção da independência dos cônjuges **1.3** Destaque para diferença entre créditos compensatórios e pensão de alimentos entre ex-cônjuges (artigos 1676, n.º 2, 2016.º e 2016.º-a, cód. Civil) **2.** O dever de solidariedade pós-conjugal **3.** Desafios e lacunas na legislação portuguesa. **4.** Conclusão **5.** Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo centraliza-se no direito-dever da pensão alimentícia entre ex-cônjuges, como um dos efeitos do divórcio. Sendo certo que a obrigação de alimentos se caracteriza tanto como um direito do cônjuge necessitado, quanto como um dever do cônjuge com maiores recursos financeiros ao fim do matrimónio.

Este tema importa no contexto jurídico e social contemporâneo com destaque às constantes mudanças na estrutura familiar da sociedade e no papel da solidariedade pós-conjugal neste contexto.

Desde a reforma legislativa do ano de 2008, consolidada através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro que influenciou na promoção da independência entre cônjuges, percebe-se que a estrutura familiar e a autonomia dos cônjuges na constância do casamento mudou tanto que, num contexto de casamento que ambos são saudáveis e aptos ao trabalho, não há que se falar em pensão alimentícia pós-divórcio, com o intuito de manter o padrão de vida vivenciado na constância do matrimónio, sendo este um requisito expressamente vedado pela legislação, consoante art. 2016.º-A, n.º 3, do Código Civil.

Importante destacarmos, em que a pese a crítica suscitada no presente estudo, a respeito da indefinição temporal da prestação de alimentos entre ex-cônjuges, a obrigatoriedade de um cônjuge prestar alimentos ao outro ao fim do vínculo conjugal, quando fixado pelo Tribunal, está sujeita ao preenchimento de requisitos e circunstancias previstos no Código Civil, de modo a analisar individualmente a colaboração prestada à economia do casal e a situação financeira de cada um para prosseguir sua vida de modo independente.

Isto significa que, o divórcio irá cessar o vínculo conjugal dali em diante, entretanto não podemos ignorar os efeitos oriundos do casamento que perduram no tempo e impactam na esfera patrimonial de cada um no momento do divórcio em diante. Sendo certo que, àquele que reduziu o seu trabalho profissional para dedicar-se aos cuidados do lar, enquanto o outro pôde se profissionalizar e auferir uma renda superior para o sustento do casal, terá direito de receber uma pensão alimentícia *enquanto* se reorganiza financeiramente.

Destacamos neste estudo, o direito do cônjuge desprovido de recursos financeiros individuais, receber pensão alimentícia do outro por tempo determinado, até que procure os próprios meios de se sustentar, promovendo assim, a independência entre os cônjuges com um equilíbrio entre o direito e o dever que abrange a pensão de alimentos pós-divórcio.

Sendo certo que a legislação atual abrange esta obrigação com a imposição da análise de diversos fatores circunstanciais vivenciados pelo casal, sempre priorizando a independência de cada um e também uma decisão justa e equânime, todavia, percebemos uma brecha a respeito da indefinição temporal na prestação de alimentos entre ex-cônjuges, que mesmo com a análise criteriosa de todos os requisitos para fixar tais alimentos, uma vez estabelecidos pelo Tribunal e concretizados, poderá significar comodismo àquele que recebe e por outro lado insegurança àquele que paga, pois o segundo estará eternamente preso às necessidades de alguém que já não faz parte da sua vida, conforme abordaremos a diante.

1. A PENSÃO ALIMENTÍCIA COMO EFEITO DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O Código Civil Português, em seu artigo 2009.º, estabelece, por ordem de prioridade, as pessoas da família obrigadas a prestar alimentos em caso de necessidade. Entre os sujeitos elencados, encontra-se, no n.º 1, alínea a), "o cônjuge ou o ex-cônjuge".

Já no artigo 2015.º do mesmo diploma legal, dispõe acerca da obrigação alimentar relativamente a cônjuges, com remissão ao dever de assistência conjugal do artigo 1675.º, dispondo que "na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do art. 1675.º".

Nesse contexto, é certo que a obrigação alimentar relativamente a cônjuges do artigo 2015.º, se estende para o momento posterior ao casamento, contudo na modalidade de obrigação de prestar de alimentos ao ex-cônjuge (artigo 2009.º, n.º 1, a, CC), e não mais um dever recíproco inerente aos votos matrimoniais.

Tal previsão legal de obrigação alimentar pós-divórcio evidencia que a pensão alimentícia é um efeito do divórcio, com a devida importância atribuída à figura de quem contraiu os votos matrimoniais. Uma vez que, ainda que o vínculo conjugal seja dissolvido, há deveres decorrentes do matrimônio que se prolongam no tempo.

Nesse sentido, o facto de o ex-cônjuge estar na primeira alínea dos responsáveis pela prestação de alimentos do art. 2009.º, CC, reflete o reconhecimento de efeitos jurídicos que transcendem o término do casamento. Sendo um desses efeitos, a continuidade do dever de assistência previsto no artigo 1675.º do Código Civil, no entanto com modificação no fato gerador desta obrigação, deixando de ser uma contribuição aos encargos da vida familiar e passando a ser uma contribuição de natureza assistencial enquanto for necessário.

Embora o divórcio venha cessar o vínculo matrimonial, o direito-dever de alimentos entre ex-cônjuges configura um prolongamento do dever conjugal de assistência. O que representa uma importante manifestação do princípio da solidariedade familiar.

No entanto, o Código Civil Português não estabelece um limite temporal certo para a prestação de alimentos entre ex-cônjuges. Sendo a concretização do período e do montante devido, a critério do julgador tomar em conta a necessidade por parte do credor e a capacidade de pagamento do devedor, bem como todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta, consoante artigo 2016.º-A, n.º 1, CC.

1.1. Previsão legal e princípios norteadores da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges

De início, se faz necessário uma compreensão abrangente sobre a previsão legal da pensão alimentícia entre ex-cônjuges no ordenamento jurídico português. Assim como o casamento produz efeitos,

o divórcio também produz efeitos. Sendo que, a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges radica do prolongamento do dever de assistência conjugal. [1]

Isso porque, entre os deveres recíprocos dos cônjuges, como efeito do casamento e na vigência da sociedade conjugal, figura o dever de assistência, sendo certo que o dever de assistência compreende o auxílio nos encargos da vida familiar (art. 1675, n,º 1, Cód. Civil), enquanto o *prolongamento* do dever de assistência compreendido no momento do divórcio, traduz-se numa mera assistência pecuniária para subsistência do cônjuge mais frágil economicamente após o divórcio.

Reitera-se a nomenclatura de *prolongamento* do dever de assistência conjugal, uma vez que a função da obrigatoriedade de alimentos entre ex-cônjuges possui uma natureza essencialmente de assistência e não contribuição aos encargos da vida familiar como era na vigência do matrimónio de acordo com o dever de assistência conjugal.

Destaca-se que com o divórcio, o dever de assistência conjugal não desaparece completamente, mas é transformado. Em vez de abranger a contribuição para os encargos da vida familiar, o dever se restringe a uma assistência financeira ao cônjuge que esteja em situação econômica mais vulnerável.

Nesse sentido, nas palavras de Maria João Tomé [2], "o fundamento último da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges encontra-se num princípio de solidariedade pós-conjugal. Não se pode, com efeito, tratar os ex-cônjuges como se nunca tivessem sido casados. É que o divórcio não pode apagar o passado nem obstar ao desenvolvimento atual de determinadas consequências do matrimónio. E como que uma eficácia póstuma do vínculo matrimonial, de um efeito ultra-ativo do casamento". Visando o equilíbrio da relação com vistas à uma decisão equânime e justa os alimentos no geral sempre devem ser fixados baseando-se no princípio da necessidade, possibilidade e proporcionalidade, com atenção tanto à garantia de subsistência do cônjuge mais vulnerável, quando este não possui

[1] Oliveira, Guilherme de, [2023], *Manual de Direito da Família,* 2ª Edição, Almedina Editora, 744 p., ISBN: 9789724082967, p. 295.

[2] Tomé, Maria João, [2012], *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges*, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, p. 446.

meios próprios para prover suas necessidades básicas. Tanto com atenção à possibilidade de o devedor pagar e não lhe privar do básico, bem como o valor deve ser proporcional para evitar enriquecimento injusto do credor.

Destaca-se que o princípio da solidariedade pós-conjugal, como princípio norteador da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, não é afastado pelo princípio da auto-suficiência, uma vez que este segundo é apenas um modo de se exprimir a intenção do legislador que: "depois do divórcio, é de se esperar que os dois ex-cônjuges ganhem a vida, sendo a relação de alimentos um recurso excepcional." [3]

Ainda, é certo que os alimentos entre ex-cônjuges possuem um caráter subsidiário, ou seja, apenas será fixado seja por acordo consensual seja pelo Tribunal, quando o cônjuge necessitado não puder prover sua subsistência por meios próprios, seja por meio de trabalho, patrimônio próprio, ajuda de outros familiares.

Nesse contexto da subsidiariedade, os alimentos apenas se aplicam na ausência de outras alternativas razoáveis de sustento para o cônjuge necessitado. Bem como, a obrigação não é, em regra, vitalícia, ela está condicionada ao tempo necessário que o beneficiário precise até alcançar sua autonomia económica, salvo em situações excecionais, como incapacidade permanente.

No contexto do beneficiário saudável e apto ao trabalho, a legislação sempre prioriza a auto-suficiência económica de cada um após o divórcio, no entanto, é omissa quanto a temporalidade expressa que os alimentos devem ser prestados, quando necessários.

1.2. A reforma legislativa sobre o divórcio de 2008 e a promoção da independência dos cônjuges

A reforma legislativa que alterou o regime jurídico do divórcio introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, foi um marco no direito da família, enfatizando a promoção da igualdade, independência e autonomia dos cônjuges após o fim da sociedade conjugal.

A legislação mencionada trouxe uma reestruturação significativa ao regime do divórcio em Portugal, eliminando o requisito da culpa como fundamento para a dissolução do casamento. Essa mudança impactou diretamente a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, já

[3] Op. Cit, Oliveira, Guilherme, *A Nova Lei do Divórcio, Doutrina, p. 29.*

que, anteriormente, a análise de culpa era um critério essencial para determinar o merecimento do cônjuge credor.

Com a reforma legislativa, essa análise da culpa foi retirada, refletindo uma abordagem mais equitativa e ajustada às necessidades de independência e igualdade entre as partes, vigente até os dias atuais.

Destaca-se que no regime anterior — e no divórcio com base em causas subjetivas — a culpa relevava nos dois momentos essenciais — no momento da concessão do divórcio, e no momento do reconhecimento posterior de efeitos patrimoniais. [4]

Ou seja, a culpa na dissolução do casamento influenciava a concessão e o valor da obrigação de alimentos, como critério para determinar o direito, prescindindo até mesmo de análise da necessidade do cônjuge credor. Pois caso o cônjuge culpado fosse o necessitado de alimentos, teria o seu direito negado.

No tocante à subsidiariedade dos alimentos, a reforma legislativa promovida pela Lei n.º 61/2008 enfatizou que a obrigação de alimentos tem caráter transitório e assistencial, sendo destinada a suprir necessidades básicas do cônjuge economicamente mais vulnerável, não servindo de garantia vitalícia ou meio de enriquecimento ilícito.

A pensão alimentícia, por orientação do legislador, passou a ser considerada uma medida temporária, limitada ao tempo necessário para que o cônjuge credor alcance autonomia financeira, salvo em situações excecionais, como incapacidade permanente ou idade avançada. Bem como, o direito a alimentos pode ser negado por razões manifestas de equidade, consoante artigo 2016.º, n.º 3, CC.

No entanto, há de se encontrar um equilíbrio entre a manutenção de uma vida básica e o cuidado para não deixar o cônjuge necessitado num estado de vida miserável, no momento de fixar os alimentos, consoante requisitos e critérios circunstanciais a serem analisados, os quais estão elencados no artigo 2016.º-A, CC.

Nas palavras de Paula Távora Vítor, em sua reflexão acerca do regime alimentar pós-divórcio, a conceção alimentar que parece ser capaz de sintetizar da melhor forma novas e velhas perspetivas deste regime, será a dos alimentos reabilitadores [5].

---

[4] Oliveira, Guilherme, *A Nova Lei do Divórcio, Doutrina, p. 29.*

[5] Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora — *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal.* Coimbra : [s.n.], 2017. Tese de doutoramento. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316/29189, p. 302.

Também nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa dispõe que: "O direito a alimentos entre ex-cônjuges (art. 2016 do CC) não é o genérico direito a alimentos, mas um direito especial, com natureza reabilitadora, excepcional, subsidiária e tendencialmente temporário." [6]

Nesse sentido, explica-se brevemente que, os alimentos reabilitadores se definem por referência ao seu propósito, servindo como objectivo principal proporcionar as condições necessárias para que auxilie no sustento básico e se dê o aumento da capacidade de ganho do alimentado, respeitando sempre o princípio da auto- suficiência, vez que estão direcionados para que, num momento posterior, se dê a extinção deste dever ao atingir tal objectivo. [7]

Isto porque, com foco tão somente no impacto sob a matéria de alimentos entre ex-cônjuges, destaca-se que a reforma legislativa do ano de 2008, promoveu incentivo à autonomia pós-divórcio, priorizando que os ex-cônjuges devem buscar independência econômica, cessando os laços financeiros oriundos da vida conjugal sempre que possível.

É certo também que com a eliminação da culpa e maior autonomia no processo de separação, a reforma buscou minimizar disputas litigiosas, protegendo os interesses de ambas as partes e, sobretudo, dos filhos menores.

Assim, embora a reforma priorize a independência dos cônjuges, o legislador também reconheceu a possibilidade situações de vulnerabilidade econômica com o fim do vínculo conjugal. Assim, mantém-se os mecanismos de proteção ao cônjuge que, por razões objetivas, não pode prover sua própria subsistência, mas com caráter limitado e temporário.

Neste contexto, o caráter temporário é previsto como ideia da obrigação alimentar entre ex-cônjuges, todavia não é delimitado na legislação um prazo certo ou ao menos, o legislador não estipula a obrigatoriedade de fixar um prazo quando os próprios cônjuges não consigam chegar num acordo consensual.

O presente estudo busca promover uma reflexão no tocante à necessidade de imposição de limite temporal para a prestação de alimentos entre ex-cônjuges, uma vez que o caráter transitório destes

---

[6] Vide Proc. n.º 3070/12.5TBBRR.L1-2, de 12/20/2017, do Tribunal da Relação de Lisboa.

[7] *Ibidem*.

alimentos é característica pacífica no entendimento jurisprudencial e doutrinário.

É certo que o princípio da igualdade dos cônjuges, que rege toda a vida matrimonial, postula que, também na sua dissolução, os cônjuges tenham direitos iguais, não sendo admissível o enriquecimento de um e o prejuízo de outro [8].

Nada obstante, os critérios de fixação da pensão alimentícia entre ex-cônjuges estão previstos no artigo 2016.º-A, CC [9], e partilhamos do entendimento relatado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/03/2010, que "o direito do divorciado a alimentos tem natureza, não indemnizatória ou compensatória, mas sim alimentar e é condicionado, pelas necessidades do alimentando e pelas possibilidades do alimentante." [10]

É certo que as decisões proferidas tanto pelos Tribunais da Relação quanto pelo Supremo Tribunal de Justiça, têm sublinhado que a obrigação de alimentos entre ex- cônjuges tem natureza excecional e temporária. Tal obrigação não possui finalidade punitiva ou de prémio, mas sim de assegurar tão somente o apoio mínimo necessário à subsistência do ex-cônjuge necessitado, visando proporcionar-lhe uma transição digna para uma situação de independência financeira.

Entendemos que a obrigatoriedade de prestar alimentos pós-divórcio reflete numa solução legal que busca constantemente encontrar o equilíbrio entre a necessidade de proteção do ex-cônjuge em

---

8 Tomé, Maria João, [2012], *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex- cônjuges*, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, p. 429.

9 O referido artigo assim dispõe: "1 — Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta. 2 — O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge. 3 — O cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio.4 — O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens."

10 Vide Proc. n.º 625/06.0TMLSB.L1-6 de 04/03/2010, do Tribunal da Relação de Lisboa.

situação de vulnerabilidade e a promoção da sua autossuficiência, consoante n.º 1, do art. 2016.º, do Cód. Civil.

Com efeito, ao término do vínculo conjugal, o que importa para o legislador ao regulamentar a obrigatoriedade de prestar alimentos pós-divórcio é sobretudo a garantia da dignidade da pessoa humana[11], de modo que a parte mais vulnerável da relação conjugal extinta possa aspirar um socorro que o coloque numa situação razoável, nos limites de uma vida sóbria.[12]

Nesse contexto, é certo que a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges possui natureza subsidiária e excecional, destinada a garantir o suporte necessário à transição para a independência económica, sem se configurar como um meio de enriquecimento injusto ou garantia vitalícia.

Embora o legislador não fixe prazos rígidos para a duração dessa obrigação, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é claro ao enfatizar que o objetivo central da prestação de alimentos pós-divórcio é reabilitar o cônjuge necessitado, respeitando o princípio da dignidade humana e o equilíbrio das relações jurídicas.

Dessa forma, a pensão alimentícia entre ex-cônjuges representa um mecanismo de apoio mínimo, focado em assegurar uma transição digna para uma situação de autonomia financeira.

1.3. Destaque para diferença entre créditos compensatórios e pensão de alimentos entre ex-cônjuges (artigos 1676.º, N.º 2, 2016.º e 2016.º-A, Cód. Civil)

É necessário destacar brevemente que no contexto jurídico, a pensão de alimentos e o crédito compensatório entre ex-cônjuges são institutos distintos, cada um com finalidades especificas.

A pensão de alimentos conforme abordado neste estudo, visa assegurar a subsistência do ex-cônjuge que não dispõe de meios próprios para manutenção de suas necessidades básicas. Possui natureza assistencial e caráter temporário, cessando quando o beneficiário alcança sua autonomia financeira.

---

[11] O artigo 1.º, da Constituição da República Portuguesa, define que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

[12] Oliveira, de Guilherme, [2021], Manual de Direito da Família, Edições Almedina S.A., Coimbra, pág. 296.

Pois, de acordo com o artigo 2016.º, n.º1, CC: "Cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio."

Já no tocante à definição e concretização de créditos compensatórios, este caracteriza-se pela compensação económica pela dedicação de um dos cônjuges de maneira excessiva à vida familiar, enquanto o outro pôde se dedicar ao trabalho e consequentemente auferir uma renda para o sustento do lar e do casal.

Os créditos compensatórios, diferentemente da pensão alimentícia, caracterizam- se como uma indemnização material, como forma de reparar a dedicação excessiva de um dos cônjuges à vida familiar, prescindindo de seus próprios afazeres e dedicações a estudos ou trabalho que lhe forneçam uma renda.

O objetivo do crédito compensatório é tão somente reparar desigualdades económicas que foram criadas durante o casamento, por ocasião do artigo 1676.º, n.º 2, CC.

Em síntese, enquanto a pensão de alimentos tem por objetivo suprir as necessidades básicas do ex-cônjuge economicamente mais vulnerável, o crédito compensatório visa corrigir desequilíbrios patrimoniais decorrentes das contribuições desiguais durante o casamento, sendo ambos instrumentos jurídicos que asseguram justiça e equidade na dissolução da vida conjugal.

2. O DEVER DE SOLIDARIEDADE PÓS-CONJUGAL

A solidariedade pós-conjugal baseia-se na ideia de que o dever de assistência conjugal não termina abruptamente com o divórcio, mas pode continuar enquanto houver necessidade de suporte financeiro.

Isto porque, ao nosso ver, embora o estado civil dos indivíduos altere de modo repentino e sem maiores dificuldades, as economias pessoais não acompanham tamanha agilidade, sendo necessário um mínimo lastro temporal para cada um reorganizar suas despesas e adquirir a própria independência.

O desequilíbrio patrimonial originado da vida conjugal, precisa ser efetivamente compensado de forma justa e suficiente para o básico da sobrevivência do cônjuge necessitado, evitando sempre o enriquecimento ilícito. [13]

[13] Destaque para diferenciação entre créditos compensatórios e pensão de alimentos entre ex-cônjuges no capítulo 1.3.

Justamente para evitar que o ex-cônjuge credor leve uma vida ociosa às custas daquele que presta os alimentos, é que o art. 2016.º, n.º 1 e o art. 2016.º-A, ambos do Cód. Civil, preconizam respetivamente que cada cônjuge deve prover à sua própria subsistência depois do divórcio e que o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio.

Na definição da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, destaca-se o ideal de solidariedade entre indivíduos que um dia compartilharam uma plena comunhão de vida. Nesse sentido, a obrigação de alimentos é vista como uma extensão do dever de assistência conjugal, representando um resquício de solidariedade familiar [14].

Nesse contexto, o princípio da solidariedade reflete o reconhecimento de que o casamento cria laços de solidariedade entre os cônjuges, que podem perdurar mesmo após o fim do vínculo conjugal.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 31 de janeiro de 2023 [15], afirmou que "o fundamento último, ético e jurídico, da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges encontra-se num princípio de solidariedade pós-conjugal."

Sendo este entendimento corroborado pelo Tribunal da Relação de Guimarães, que, no Acórdão de 31 de outubro de 2024 [16], declarou que "o fundamento da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges assenta num princípio de solidariedade pós-conjugal e reveste-se de natureza essencialmente alimentar."

Assim, a jurisprudência portuguesa reconhece que, mesmo após o término do casamento, subsiste um dever de solidariedade entre os ex-cônjuges, especialmente no que concerne à prestação de alimentos, visando assegurar a subsistência digna daquele que se encontra em situação de necessidade.

No entanto, questiona-se qual o limite e a duração do dever de solidariedade, considerando fatores como idade, capacidade de trabalho e tempo de casamento, que deve ser compreendido pelos tribunais para que haja um consenso bem como para que conceda o máximo de segurança jurídica às partes envolvidas.

---

[14] Oliveira, de Guilherme, [2021], Manual de Direito da Família, Edições Almedina S.A., Coimbra, pág. 295.

[15] Vide Proc. n.º 242/12.6TMLSB.L1.S1, no acórdão de 31/01/2023, do Supremo Tribunal de Justiça.

[16] Vide Proc. n.º 262/22.2T8MNC-A.G1, no acórdão de 31/10/2024, do Tribunal da Relação de Guimarães.

Ao nosso ver, a falta de previsão temporal expressa na legislação para os alimentos serem prestados, dá margem para subjetividade dessa extensão nas próprias decisões judiciais, sendo permitido que o pedido alimentos entre ex-cônjuges sejam considerados válidos mesmo 17 anos após o divórcio, como é o caso do entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 22 de novembro de 2011 [17], que entendeu não constituir abuso de direito o facto da prestação de alimentos ser requerida por um dos ex-cônjuges contra o outro dezessete anos após a dissolução do casamento por divórcio, se apenas esse circunstancialismo ocorrer.

3. DESAFIOS E LACUNAS NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

A respeito da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, não há previsão legal acerca de quanto tempo estes alimentos devem perdurar no tempo, permanecendo vigente enquanto persistirem a necessidade do beneficiário e a capacidade financeira do credor, salvos os casos de extinção previstos na lei (cfr. art. 2019.º, CC). É este o regime em vigor.

Nas palavras de Cristina Dias, "Era discutido na doutrina o problema de saber qual o alcance do auxílio que se presta ao ex-cônjuge que pretende exercer o seu direito a alimentos. Ou seja, se ele apenas poderia ter a pretensão de receber aquilo que fosse indispensável ao seu sustento, vestuário e habitação (art. 2003., n.° 1); ou se poderia manter o nível de vida que tinha durante o casamento. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira' optavam por uma posição intermédia: o ex-cônjuge poderia aspirar a uma posição que o colocasse numa situação razoável — acima do nível de sobrevivência, nos limites de uma vida sóbria (tal como no direito italiano — arts. 438.° e 439. ° do Código Civil italiano), mas provavelmente abaixo do padrão de vida que o casal tinha no decurso do casamento". [18]

Nesse sentido e ao nosso ver, o cerne do problema que permeia a pensão de alimentos entre ex-cônjuges é justamente a lacuna na

[17] Vide Proc. n.º 4503/08.0TBLRA.C1, no acórdão de 22/11/2011, do Tribunal da Relação de Coimbra.

[18] Dias, Cristina M. Araújo, [2009], *Uma análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio — Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina Editora, p. 71.

legislação a respeito do prazo para prestação destes alimentos quando fixados, bem como a lacuna na legislação a respeito do prazo para o ex-cônjuge necessitado intentar ação requerendo a fixação de alimentos após o divórcio.

Em atenção ao princípio da boa-fé, deve ser estipulado um prazo na fixação dos alimentos tanto para incentivar a independência financeira do ex-cônjuge ao fim do matrimónio, tanto para promover a segurança jurídica ao credor, possibilitando a não perpetuação de vínculos econômicos.

O objeto do presente estudo é expor essa lacuna legislativa da indefinição temporal da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, bem como explorar métodos de suprir essa questão e superar este desafio.

4. CONCLUSÃO

Feita a definição e contextualização da pensão alimentícia como efeito do divórcio, a problemática da obrigação alimentar entre ex--cônjuges abordada nesta pesquisa refere- se ao período posterior à sua fixação. Embora o legislador estabeleça o princípio da autossuficiência e considere todos os fatores relevantes para a fixação desses alimentos no art. 2016.º e 2016.º-A, do Código Civil, após serem fixados não há limite temporal delimitado na legislação.

Embora a fixação dos alimentos se assente nos critérios legais, sob o julgo crítico do tribunal judicial, o cerne da nossa objeção é a indefinição temporal que a pensão alimentícia como efeito do divórcio carrega consigo.

Pois, ao nosso ver, inaceitável a situação hipotética de um ex-cônjuge necessitar da prestação pecuniária pelo resto de sua vida e o outro ser obrigado a pagar em razão dos efeitos de uma relação matrimonial já extinta, que se protrai indefinidamente no tempo por ocasião da solidariedade pós-conjugal e outros princípios.

Nesse contexto, os Deputados apresentaram um Projecto de Lei n.º 509/X, que previa um regime ligeiramente diferente [19], segundo este

[19] Projecto de Lei n.º 509/X — Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio, disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a615 8526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a5a6a5a6a566b5a44426b4c574d35596a41744e44686c4e4330344d3259334c54646d4d4441

regime, o tribunal fixava um período de vigência da obrigação de alimentos, no fim deste período a obrigação justificariam a renovação do seu crédito, conforme alteração sugerida para artigo 2016.º-B nos seguintes termos: "A obrigação de alimentos deve ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas."

Neste contexto, a versão do referido projecto parecia ir de encontro com o princípio da auto-suficiência de cada cônjuge após o divórcio, uma vez que mantém a previsão legal de prestar alimentos quando necessitar, todavia, estabelece a obrigatoriedade de um prazo ser fixado, bem como vai de encontro ao que pretendemos propor no presente estudo.

Neste ínterim, ressaltamos que ao nosso ver o prazo por regra deve ser estipulado pelo casal, e na hipótese de dificuldade em consenso, o tribunal deve analisar as circunstâncias e fixar um prazo razoável de no máximo 05 (cinco) anos, podendo ser renovável por igual período se demonstrado que não foi o suficiente para a promoção da independência económica, com o intuito de incentivar a autonomia financeira do beneficiário.

Ainda, na hipótese de os alimentos não serem fixados no momento do divórcio, e o cônjuge necessitado intentar ação judicial pra requerê-los, a nossa sugestão é de imposição de prazo prescricional, de 05 (cinco) anos também, uma vez que combinam princípios de segurança jurídica, justiça, e a promoção da autonomia financeira das partes. Bem como evita-se que o pedido de alimentos seja feito em momento excessivamente distante do divórcio, quando o vínculo entre as partes já foi substancialmente rompido, priorizando assim a boa-fé entre as partes.

Isto porque, a fixação de um prazo claro evita litígios intermináveis e proporciona estabilidade para ambas as partes, permitindo que o ex-cônjuge obrigado planeje suas finanças sem receio de demandas inesperadas muito tempo após o divórcio. Bem como, decisões tardias podem ser prejudiciais devido à dificuldade em reconstruir o contexto econômico e financeiro de ambas as partes no momento do divórcio.

Ainda, essa medida está alinhada com o objetivo geral da legislação alimentar de promover a independência financeira e não a perpetuação de vínculos econômicos. Uma vez que é compatível com a natureza transitória da pensão alimentícia entre ex-cônjuges pois

334f54526b4f574a6d4d69356b62324d3d&fich=6cf5dd0d-c9b0-48e4-83f7-7f00794d9bf2.doc&Inline=true, consultado em 17/01/2025.

destinada a garantir a subsistência enquanto o cônjuge necessitado busca se restabelecer financeiramente.

Portanto, a imposição de um prazo de 5 anos tanto no momento do divórcio em diante, quanto como prazo prescricional para intentar ação de alimentos, é razoável porque harmoniza os interesses de ambas as partes, promovendo justiça e eficiência no regime alimentar pós-divórcio. Respeita o direito do ex-cônjuge vulnerável de buscar suporte financeiro em momento de necessidade, enquanto protege o ex-cônjuge obrigado de litígios tardios e desproporcionais, incentivando a autonomia e a previsibilidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, Eugénia Maria Vieira, [2022], *O Registo de Casamento — Efeitos, Funções e Naturez*a, [in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família], ano 19, nº 38, Coimbra, Coimbra Editora.

Amaral, Jorge Augusto Pais do, [2019], *Direito da Família e das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina Editora.

Basto, Teresa, [2014], *O Crédito de compensação a favor de um dos ex-cônjuges — em especial confronto com a obrigação de prestar alimentos*, [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto].

Campos, Diogo Leite de, [et. al], [2023*], Lições de Direito de Família,* 6ª Edição, Almedina Editora.

Coelho, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de, [2016], *Curso de Direito da Família*, 5ª edição, Volume I — introdução direito matrimonial, Imprensa da Universidade de Coimbra Editora, ISBN 978-989-26-1166-2.

Dias, Cristina M. Araújo, [2021], *Responsabilidade por dívidas do casal — Algumas (Outras) Reflexões em Torno do Regime da Responsabilidade por Dívidas do Cônjuges*, Volume II, Coimbra, Almedina Editora, ISBN 9789724096933.

Dias, Cristina M. Araújo, [2009], *Uma análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio — Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina Editora.

Guimarães, Maria de Nazareth Lobato, *Notas orientadoras sobre Alimentos,* da exposição oral feita em 22-06-1978 no decurso do ciclo de palestras promovido pela Ordem dos Advogados, tendo como tema as alterações ao Código Civil introduzidas pelo Dec.-Lei 496/77, p. 181-217.

Leal, Ana, [2018], *Guia Prático da Obrigação de Alimentos*, 3ª Edição, Almedina Editora.

Oliveira, Guilherme de, [2023], *Manual de Direito da Família*, 2ª Edição, Almedina Editora, 744 p., ISBN: 9789724082967

Oliveira, Guilherme de, *A NOVA LEI DO DIVÓRCIO, Doutrina, disponível em: https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/A-nova-Lei-do-Divo%CC%81rcio.pdf, consultado em 17/01/2025, p. 5-32.*

Pereira, Maria Margarida Silva, [2021], *Temas de Direito da Família e das Sucessões,* AAFDL Editora.

Resende, Ana, [et. al], [2018], *Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges, in* II Jornadas de Direito da Família e das Crianças — direito e prática forense, em linha, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários Editora, p. 161-185, ISBN: 978-989-8908-35-3, [https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ZN9Z64X8BX8%3D&portalid=30].

Silva, Eva Sônia Moreira da, [2019], *A Desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, 1ª Edição, Gestlegal Editora, ISBN: 978-989-8951-10-6.

Tomé D'almeida Ramião, [2011*], O divórcio e questões conexas*, Regime Jurídico Atual, 3.ª ed. (revista e aumentada), Lisboa, Quid Juris, p. 91.

Tomé, Maria João, [2012], *Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges*, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, V. N. Famalicão, Almedina Editora, p. 425-462.

Vitor, Paula Távora, [2020], *Os Alimentos Pós-Divórcio — Entre A Solidariedade E A Responsabilidade*, Revista Julgar n.º 40, p. 181-203, Almedina Editora.

Vítor, Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora — *Crédito compensatório e alimentos pós- divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*. Coimbra : [s.n.], 2017. Tese de doutoramento. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316/29189.

RAPTO INTERNACIONAL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA — ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

INTERNATIONAL ABDUCTION: PORTUGUESE JURISPRUDENTIAL STUDY ON THE APPLICATION OF THE HAGUE CONVENTION — CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Luiza Tosta Cardoso Franco *

Resumo: Este estudo apresenta uma análise crítica sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ) acerca da aplicação da Convenção de Haia — Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. Esta investigação jurisprudencial foi delimitada entre o período de janeiro de 2020 a abril de 2024. A partir deste levantamento, buscou-se extrair o tratamento conferido pelos julgados do STJ sobre os principais preceitos da Convenção. Assim, este artigo aborda a deslocação e retenção ilícita da criança, a residência habitual, as exceções à ordenação de regresso da criança, a cessação da incidência da Convenção, a competência do Tribunal Português e a celeridade do procedimento.

Palavras-chave: Rapto Internacional; Família Transfronteiriça; Convenção de Haia; Direito Internacional Privado; Melhor Interesse da Criança.

Abstract: This study presents a critical analysis of the case law of the Supreme Court of Justice of Portugal (STJ) on the application of the Hague Convention — Civil Aspects

* Investigadora colaboradora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Mestra em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
luiza.franco@ij.uc.pt
Orcid: 0000 -0003 -3982 -1909.

of International Child Abduction. This jurisprudential investigation timeframe ranges from January 2020 to April 2024. From this research, we aimed to extract the treatment given by the STJ's judgments on the main precepts of the Convention. Thus, this article deals with the wrongful removal or the retention of a child, habitual residence, the statutory exceptions to the order to return the child, the cessation of the Convention, the jurisdiction of the Portuguese Court, and the celerity of the procedure.

Keywords: International Abduction; Cross-border Family; Hague Convention; Private International Law; Best Interests of the Child.

Sumário: 1. Introdução **2.** A Convenção de Haia — Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças **3.** Rapto Internacional **3.1** Deslocação e retenção ilícita **3.2** Residência habitual **3.3** Exceções à ordenação de regresso da criança **4.** Cessação da incidência da Convenção **5.** Competência do Tribunal Português **6.** Celeridade do procedimento **7.** Considerações finais Referências Bibliográficas Legislação Website Jurisprudência

1. INTRODUÇÃO

As famílias contemporâneas, que adotam variadas configurações, podem ser constituídas por indivíduos de distintas nacionalidades. Consoante à crescente globalização e às facilidades de mobilidade, os seres humanos empreendem deslocamentos a países estrangeiros com o propósito de exercer atividade laboral, de turismo ou em busca de realizações pessoais, neles fundando laços familiares.

Nos dias atuais é frequente observar a mobilidade de pessoas para o exterior. Consequentemente, é viável conceber uma estrutura familiar onde cada integrante possua uma nacionalidade diferente. Não obstante, nem sempre os laços matrimoniais resistem ao teste do "até que a morte os separe". Como resultado, os integrantes de famílias multiculturais muitas vezes decidem retornar ao país de origem. O problema surge quando um dos genitores, sem o consentimento de outro, leva a criança, fruto daquele relacionamento, para viver em outro país. Ou, ainda, quando, embora haja autorização para viagem, a criança não retorna ao país de residência habitual, por decisão unilateral de um dos genitores. Este desafio é mais comumente encontrado em famílias de diferentes nacionalidades, porém, também, pode surgir em contextos onde ambos os pais compartilham a mesma nacionalidade, quando um deles decide levar ou reter a criança em outro país [1].

[1] "Nos casos mais paradigmáticos, os pais separam-se e um deles, as mais das vezes a mãe, regressa ao seu país de origem levando consigo a criança sem autorização do pai. As razões da deslocação da mãe para outro país são variáveis:

Estas são as questões abordadas pela Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças [2]. Portugal é signatário desta Convenção, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Esta Convenção foi inserida no ordenamento jurídico português pelo Decreto do Governo n.º 33/83 [3-4].

Diante deste cenário, este trabalho tem como objetivo investigar a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (STJ) acerca do rapto internacional de crianças com base na Convenção de Haia, de 1980. A pesquisa utilizou o termo 'rapto internacional' para a pesquisa no site do STJ[5], visto ser o termo mais utilizado nas decisões portuguesas, sendo adicionado o filtro 'área cível', a fim de se evitar resultados que referissem a área criminal. A busca jurisprudencial foi limitada entre os anos 2020 a abril de 2024. Este limite foi estabelecido para que pudessem ser analisadas as decisões mais recentes acerca da temática. Desta busca resultaram em 523 julgados no STJ-PT. A partir deste resultado foram excluídos os julgados que se referiam a outros assuntos. Assim, ficaram 11 decisões do STJ sobre o rapto internacional, os quais iremos analisar.

Esta investigação foi construída tomando como base o texto legal da Convenção e os aspectos tratados na jurisprudência do STJ. Pretende-se, portanto, depreender como Portugal aplica a Convenção e extrair o entendimento acerca dos principais preceitos.

2. A CONVENÇÃO DE HAIA — APECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A Convenção de Haia — Aspectos Civis do Rapto Internacnonal de Crianças é um tratado internacional que tem por finalidade

frequentemente razões compreensíveis de natureza económica e afetiva, mas por vezes também o desígnio de privar o pai da convivência com a criança". Luís de Lima Pinheiro, "Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças", in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III/IV, n. 74, dez. 2014, pp. 682.

2 Convenção De Haia, Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. 25 out. 1980. [Consult. 9 abr. 2024]. Disponível: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

3 Portugal, *Decreto do Governo n.º33/83*, 11 maio 1983. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível: < https://dgpj.justica.gov.pt/Relacoes-Internacionais/Organizacoes-e--redes-internacionais/Conferencia-da-Haia/Portugal-e-a-Conferencia-da-Haia>.

4 Observa-se que o Brasil utiliza com preponderância o temo sequestro internacional, conforme Decreto 3.413/2000 (BRASIL, Decreto n.º3.413).

5 Portugal, *Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal de Justiça: jurisprudência*. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível: <https://juris.stj.pt/pesquisa>.

proteger as crianças dos efeitos nocivos do rapto internacional e equipar os Estados signatários com mecanismos para efetuar o retorno da criança ao país de origem [6].

Neste sentido, o art. 1.° da Convenção estabelece como objetos "assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente", e "fazer respeitar de maneira efectiva nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante". Verifica-se, portanto, que a finalidade precípua da Convenção é promover o retorno imediato da criança para o país de residência habitual. Ademais, também visa desestimular a deslocação e retenção ilícita, e, ainda, assegurar o direito de guarda e visitação [7].

Cada Estado signatário da Convenção deve designar uma autoridade central para dar cumprimento à Convenção, devendo as autoridades centrais cooperar entre si para promover a colaboração entre os Estados membros, de modo a garantir o retorno imediato da criança ao país de residência habitual (art. 6.° e 7.°).

Nos termos do art. 8.°, "qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido deslocada ou retirada em violação de um direito de custódia pode participar o facto à autoridade central da residência habitual da criança ou à autoridade central de qualquer outro Estado Contratante". Assim, ao tomar conhecimentos dos fatos e tiver razão para acreditar na veracidade dos fatos apresentados, a Autoridade Central deve transmitir diretamente e sem demora à Autoridade Central do país contratante onde a criança se encontre. Esta, por sua vez, deve adotar procedimentos urgentes a promover o retorno da criança ao país de residência habitual (art. 10.° e 11.°).

Nos termos do art. 12°, quando a criança for ilicitamente levada ou retida por um período inferior a um ano, deve-se determinar o retorno imediato da criança. Este prazo de um ano considera-se da data da deslocação ou retenção indevidas a data de início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa.

---

[6] Valerio de Oliveira Mazzuoli / Elsa de Mattos, "Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência", in *Revista dos Tribunais*, v. 954, abril. 2015, pp. 239.

[7] Nadia de Araujo / Marcelo de Nardi. "O conceito de residência habitual na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: elemento de contato para reconhecimento da jurisdição internacionalmente competente", in *Revista dos Tribunais Caderno Especial — Cooperação Jurídica Internacional*, v. 1, abr. 2018, pp. 115.

No caso de prazo superior a um ano, deve-se determinar o retorno da criança, salvo se provado que a criança encontra-se integrada ao novo ambiente (art. 12.°) ou no caso das exceções previstas no art. 13.° [8].

Dentro deste escopo, analisa-se a seguir os preceitos da Convenção com base na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

3. RAPTO INTERNACIONAL

3.1 Deslocação e retenção ilícita

A Convenção tem por finalidade evitar o afastamento da criança do seu lar habitual a fim de evitar prejuízos e sofrimentos pela ruptura da convivência com o (a) genitor (a) [9]-[10]. Nos termos da Convenção, rapto internacional se configura pela deslocação ou retenção ilícita de uma criança, que nos termos do art. 3.° ocorre quando:

a) Tenha sido efectivada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e
b) Este direito estiver a ser exercido de maneira efectiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

---

8 Vide capítulo 3.3 deste trabalho.

9 Taís Vasconcelos Cidrão / Antônio Walber Muniz / Sérgio Adriano Ribeiro Sobreira, "Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980", in *Ponto e Vírgula — PUC SP.* n. 23, 2018, pp. 51.

10 Leonardo Veiga Franco / Lorena Rodrigues Lacerda / Luiza Tosta Cardoso, "Sequestro Internacional de Criança: análise da Convenção de Haia", in *IV Congresso de processo civil internacional — III Encontro da rede Ibero-Americana de processo civil internacional*, *Anais Princípios Transnacionais do Processo Civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado*, Vitória, 2019, pp. 50. [Consult. 15 abr. 2024]. Disponível: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/31476>.

Verifica-se da transcrição acima que o rapto internacional ocorre pela violação do direito de custódia conforme a lei do Estado onde a criança tenha residência habitual, que segundo o art. 5.º da Convenção "inclui o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência". Neste sentido, o julgado de 13 de setembro de 2022 [11], do STJ, apontou que "o direito de custódia compreende, além do mais, e especialmente, o direito de decidir sobre o lugar de residência da criança". Assim, aquele genitor que possui o direito de custódia é quem detém o direito de decidir a residência da criança. Importa, então, perceber como se estabelece o direito de custódia.

No julgado de 04 de maio de 2021 [12-13], do STJ, as crianças de 15 e 11 anos, viveram na Islândia, conjuntamente com os genitores, por três anos, até julho de 2020. A separação do casal ocorreu em abril de 2020. Nesta ocasião, o genitor, com o consentimento da genitora, deslocou-se com as crianças para Portugal, com a finalidade de passar um período de férias. No entanto, sem o consentimento da genitora, o genitor decidiu permanecer e mudar a residência das crianças para Portugal. Neste caso, o STJ, analisou a ilicitude da deslocação da criança e o direito de custódia com base na disposição legal do país da residência habitual das crianças. No caso específico, o referido acórdão apontou para uma análise da lei islandesa. Ficou apurado que segundo a lei islandesa (art. 28-A e 29 — Children Acto n° 76, de 27 de março de 2003) sendo os genitores casados, caberia a ambos o direito de decidir acerca do local de residência dos filhos menores. O Tribunal entendeu que com base na lei islandesa, o direito de custódia pertencia a ambos os genitores e, portanto, não poderia haver a mudança de residência das crianças sem o consentimento da genitora. E, portanto, o STJ declarou que:

---

11 Acórdão do STJ de 13.09.2022 (Relator Manuel Aguiar Pereira), 1ª Secção Cível, processo n.º 20/22.4T8VVC-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:20.22.4T8VVC.A.E1.S1.BD?search=ygPqP_qd7wVsWiC_YjU>.

12 Acórdão do STJ de 04.05.2021 (Relator Pedro de Lima Gonçalves), 1ª Secção Cível, processo n.º 7603/20.5T8PRT-C.P1.S1 . [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:7603.20.5T8PRT.C.P1.S1.FE?search=lqcT1sSJrrmAL5ee6xg>.

13 Este julgado apresenta uma compreensão clara sobre a deslocação e retenção ilícita. E, este mesmo julgado apresenta uma das hipóteses de exceção prevista no art. 13 da Convenção, razão pela qual aborda-se novamente no capítulo 3.3.

> a decisão do progenitor, sem o acordo da progenitora, de após o terminus das férias, decidir mudar a residência das menores para Portugal, configura, para efeitos de aplicação da Convenção, uma ilícita ou indevida retenção destes, já que viola o direito de custódia, exercido por direito, (também) pela progenitora antes da retenção.

No julgado de 02 de fevereiro de 2023 [14] do STJ, concluiu-se que houve deslocação ilícita para Portugal de uma criança que residia na Espanha. Verifica-se que o julgado analisa com base na lei espanhola o direito de custódia, e, consequentemente o direito de estabelecer residência. Vejamos:

> Podemos, assim, concluir que, de acordo com o direito espanhol, que corresponde ao direito do Estado-membro no qual a criança tinha a sua residência habitual antes da sua deslocação, a transferência da residência do menor para Portugal dependia do consentimento expresso ou tácito dos seus dois progenitores, salvo se houvesse decisão judicial que autorizasse a progenitora a deslocar o menor.

No julgado de 20 de abril de 2022 (STJ) [15] ficou apurado que os genitores da criança viviam em união de facto, sem regulação formal da responsabilidade parental. Ambos os genitores decidiram mudar para outro país (Espanha). Porém, unilateralmente, genitor decidiu retornar a Portugal. O STJ avaliou que o direito de custódia competia a ambos os genitores, e portanto, a deslocação da criança sem o consentimento da genitora configurou-se ilícita.

Por outro lado, na decisão de 08 de abril de 2021 [16], o STJ entendeu não haver deslocação nem retenção ilícita das crianças. Vejamos.

---

[14] Acórdão do STJ de 02.02.2023 (Relatora Maria da Graça Trigo), 2ª Secção Cível, processo n.º 17505/20.0T8LSB-A.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2023:17505.20.0T8LSB.A.L1.S.87?search=H5Xofpj2VMV0PDvKUwg>.

[15] Acórdão do STJ de 20.04.2022, (Relator Isaías Pádua) 1ª Secção Cível, processo n.º 403/21.7T8MBR.C1.S1, 20 de abril de 2022. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:403.21.7T8MBR.C1.S1.0B?search=fQSCzqfnsb-vvgsRceY>.

[16] Acórdão do STJ de 08.04.2021 (Relator Manuel Capelo), 7ª Secção Cível, processo nº. 5403/20.1T8LSB-A.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em:

Apurou-se nos autos que os genitores, em decisão conjunta, deslocaram a residência das menores, em dezembro de 2019, com a finalidade de estabelecer residência definitiva em Portugal. Ocorreu que em fevereiro de 2020, a genitora deixou as filhas na casa onde vivia com o genitor e solicitou perante a embaixada da Alemanha auxílio para regresso ao seu país. E, assim, a genitora deixou as crianças com o genitor e foi para Alemanha. Neste caso, o STJ entendeu não haver deslocação ilícita, visto que a deslocação para Portugal foi uma decisão conjunta dos genitores. E, que, não houve retenção ilícita, pois foi a própria genitora quem se ausentou, deixando as crianças aos cuidados do genitor. Assim, o Tribunal concluiu que:

> E no caso em decisão, os factos tornam evidente que no momento em que a recorrente parte para a Alemanha não tinha a guarda efectiva sobre as filhas, não porque lha tivessem subtraído, mas sim porque foi ela quem as deixou a cargo do pai/recorrido.
> Pelo deixado exposto, não pode considerar-se ilícita, nem a deslocação, nem a retenção das crianças por parte do recorrido, termos em que improcedem na totalidade em conclusões de recurso.

No julgado de 13 de setembro de 2022 [17]-[18], do STJ, após o fim do relacionamento do casal, criança passou a viver o regime de residência semanal alternada para o exercício das responsabilidades parentais, em França. Em janeiro de 2022, a genitora, sem consentimento do genitor, levou a criança para Portugal. Em fevereiro do mesmo ano, o Ministério Público requereu a regulação da responsabilidade parental. Em apenso, o genitor, com base na Convenção de Haia, requereu que fosse ordenado o imediato regresso da criança para a França. A sentença determinou que a criança fosse entregue aos cuidados do genitor. A genitora interpôs recurso de

<https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:5403.20.1T8LSB.A.L1.S1.65?search=RIoMCJ_3M0KtJG_DdcA>. Acesso em: 10 abr. 2024.

17 Acórdão do STJ de 13.09.2022 (Relator Manuel Aguiar Pereira), 1ª Secção Cível, processo n.º 20/22.4T8VVC-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:20.22.4T8VVC.A.E1.S1.BD?search=ygPqP_qd7wVsWiC_YjU>.

18 Além da compreensão acerca da deslocação e retenção ilícita, este julgado também aborda questões acerca da Competência do Tribunal Português. Ver capítulo 5.

apelação. O Tribunal de Relação de Évora manteve a sentença integralmente. A genitora interpôs recurso de revista. Ficou configurada a deslocação ilícita da criança com base na violação do direito de custódia [19]. E, apontou que "não pode também deixar de avaliar se, no caso concreto, o imediato regresso ao país onde a criança tinha residência se enquadra no âmbito da efectiva tutela do seu superior e relevante interesse".

Deste modo, extrai-se da jurisprudência do STJ, para configurar a deslocação ilícita, previamente, passa pela análise do direito de custódia, a partir do qual entende-se a exigência, ou não, de consentimento do (a) genitor(a) para deslocação ou determinação da residência da criança. Ademais, conforme visto, o direito de custódia é definido pela lei do país de residência habitual da criança.

3.2 Residência habitual

A Convenção de Haia não traz a definição de residência habitual, porém este conceito é de suma importância para sua aplicabilidade [20]. Extrai-se do julgado de 29 de março de 2024[21] do STJ, que o conceito de residência habitual "deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponda ao local onde o menor tem organizada a vida familiar, social e escolar, com carácter de estabilidade e duração, demonstrativas da integração na sociedade local". No referido caso, ficou demonstrado que "o menor CC nasceu em Portugal em 2014 e aqui viveu com a mãe até dezembro de 2019; data em que com a requerida foram para junto do pai, no Dubai; em abril de 2021, o casal separou-se, passando a viver ali em casas separadas, ficando o menor com a mãe". E, assim, o STJ se manifesta "perante os factos indiciados, não hesitamos em concluir que, o menor CC tem maior conexão com Portugal, aqui se situando o núcleo definido e estabilizado de vida, preenchendo o critério operativo da residência habitual,

[19] Observar apontamentos no capítulo 3.1.

[20] A concepção de residência habitual não é uniforme pelos Estados signatários da Convenção. Sobre o assunto *vide* Rhona Schuz, "Habitual Residence: Review of Developments and Proposed Guidelines", in *Laws*, v. 12, n. 4, jul. 2023, pp. 1-16. https://doi.org/10.3390/laws12040062.

[21] Acórdão do STJ de 29.03.2024 (Relatora Isabel Salgado), 2ª Secção Cível, processo n.º 3322/22.6T8LRA-A.C1-A.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/3322%2F22.6T8LRA-A.C1-A.S1/Iw-ajaZQTWQwBP780ITq8k1psHA?search=86VQNV-uCeGNsW5ZMIw>.

viabilizando o conhecimento rigoroso das suas condições de inserção familiar e social, coincidente com a garantia de prossecução do seu interesse superior".

Segundo explica Anabela Gonçalves [22], com base no art. 8.º do Regulamento de Bruxelas II bis [23], a residência habitual corresponde "ao lugar que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, devendo ter um acerta estabilidade ou regularidade, o que deve ser aferido por certos indícios que traduzam essa integração social e familiar no caso concreto". Assim, conforme explicita a autora, estes indícios devem ser apurados levando-se em conta a duração, as condições, as razões de permanência, a nacionalidade da criança, condições escolares, laços familiares e sociais, etc.

3.3. Exceções à ordenação de regresso da criança

O art. 13.º da Convenção prescreve que:

> Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:
> a) Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
> b) Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.
> A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se

[22] Anabela Susana de Sousa Gonçalves, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014, pp. 150.

[23] Conselho Da União Europeia. *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, 2003. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201>.

> opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Vejamos os casos do STJ que trataram acerca das exceções ao regresso da criança.

No caso de setembro de 2021 [24], STJ-PT a criança residia com ambos os pais na Espanha, com responsabilidade parental compartilhada entre os genitores. Em agosto de 2020, sem autorização do genitor, a genitora foi para Portugal com a criança. O genitor intentou pedido de regresso da criança para Espanha, com base na Convenção de Haia junto da Autoridade Central Espanhola, que decidiu pela procedência do pedido. O Ministério Público intentou procedimento para entrega da criança. O Juízo de Família e Menores determinou o regresso do menor para a Espanha. A genitora recorreu da decisão. O Tribunal confirmou a sentença, a dizer que "cabia ter consultado ou obtido consentimento do pai do menor para a referida deslocação".

No referido caso, foi levantado a hipótese do art 13.°, alínea b da Convenção, fundamentando que o regresso da criança a colocaria frente a risco grave de ordem física ou psíquica. E, assim, o STJ, julgou procedente a apelação, não ordenando o regresso da criança a Espanha, concluindo que:

> Para uma criança com 16 meses de idade (à data do acórdão) ou 11 meses (à data da sentença), que privou permanentemente com a mãe, que assim se constituiu como figura afectiva de referência para a criança, a separação física operada pelo regresso a Espanha é de considerar uma violência, susceptível de afectar o equilíbrio psíquico da criança, constituindo uma situação intolerável.

No caso acima se depreende que a separação física de uma criança, menor de 02 anos de idade, da genitora considerar-se-ia uma violência a afetar o equilíbrio psíquico da criança.

[24] Acórdão do STJ de 08.11.2021 (Relator Vieira e Cunha), 2ª Secção Cível, processo n.° 6810/20.5T8ALM.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:6810.20.5T8ALM.L1.S1.1B?search=jPhJ1gv1BLZsktmcF_k>.

Por outro lado, o caso de 14 de setembro de 2023 [25], STJ, refere-se a uma criança de 15 anos de idade, que deslocou para Portugal por sua própria vontade para viver com uma terceira pessoa. O Ministério Público intentou ação de regresso para os Países Baixos. A sentença determinou o retorno. A criança recorreu e o Tribunal de Évora manteve a sentença. Inconformada, interpôs recurso de revista. Primeiramente, o STJ reconheceu se tratar de uma situação atípica, pois o caso típico ocorre quando a criança desempenha um papel passivo, sendo levada para outro país, o que não é o caso dos autos. Neste caso, a criança desempenhou um papel ativo, deslocando-se para Portugal por vontade própria, sem qualquer acompanhamento. Posteriormente, o Tribunal analisou o aspecto da maturidade da criança. E apontou que "a alegação de que o menor se opôs ao regresso e de que a sua oposição deve ser tomada em consideração, atendendo à sua idade e à sua maturidade, só poderá proceder em casos de oposição consistente e verdadeira", e explica que "o requisito de que a oposição seja consistente pretende excluir a relevância de simples preferências e o requisito de que a oposição seja verdadeira, a relevância de oposições condicionadas, não plenamente livres ou não plenamente esclarecidas". Ademais, a decisão ponderou que diante dos "factos dados como provados não contêm nenhum indício de um risco grave de o menor, agora Recorrente, ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica". E, por fim, negou provimento ao recurso.

Acerca da maturidade das crianças, o julgado de 04 de maio de 2021 [26] não determinou o retorno da criança à Islândia. O caso relata que um casal com duas filhas residia na Islândia por três anos. Em abril de 2020, o casal veio a se separar, ocasião em que foi aberto o procedimento de divórcio e de regulação das responsabilidades parentais, que, no entanto, não se conseguiu chegar a um acordo. Em julho de 2020, o genitor deslocou-se juntamente com as menores para Portugal com a finalidade de passar férias. E, decidiu, unilateralmente, mudar a residência e estabelecer-se juntamente com as filhas em

[25] Acórdão do STJ de 14.09.2023, (Relator Nuno Pinto Oliveira), 7ª Secção Cível, processo nº. 449/23.0T8PTM.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/449%2F23.0T8PTM.E1.S1/w15PKAir8AEeG1U1-7FophkGta8?search=D7X4GGfPSCgVigqm-_A>.

[26] Acórdão do STJ de 04.05.2021 (Relator Pedro de Lima Gonçalves), 1ª Secção Cível, processo n.° 7603/20.5T8PRT-C.P1.S1 . [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:7603.20.5T8PRT.C.P1.S1.FE?search=lqcT1sSJrrmAL5ee6xg>.

Portugal. A genitora que havia autorizado apenas a viagem de férias, não autorizou a mudança de residência das filhas. Em julho de 2020, a genitora formulou pedido de regresso das filhas para Islândia ao abrigo da Convenção da Haia. O Ministério Público formalizou um pedido de retorno de duas menores para a Islândia com base na Convenção Internacional de Haia. Ficou demonstrado que antes da separação, as crianças possuíam boa relação com a mãe; que as crianças sentiam mágoa pela mãe, e que "tal mágoa é causada pela conduta do genitor, que relata o relacionamento da mãe com um terceiro como "uma traição a si e às filhas", que as menores se mostraram incapazes de distinguir entre a conjugalidade e parentalidade, e que desde que chegaram em Portugal não foram encorajadas a falarem com a mãe pelo telefone. Assim, as crianças manifestaram-se no sentido de permanecer em Portugal. O Tribunal de 1ª instância determinou o regresso das menores à Islândia para o convívio com a genitora. Após recurso do genitor, o Tribunal de Relação decidiu revogar a decisão de primeira instância, de modo a não ordenar o regresso à Islândia. A genitora interpôs recurso de revista. Conforme já explicitado no capítulo 3.1, este julgado analisou a legislação islandesa e entendeu que a alteração de residência se configurou ilícita. No entanto, com base no art. 13 da Convenção, o Tribunal julgou improcedente o recurso, mantendo as crianças em Portugal, com fundamento no grau de maturidade das menores, que manifestaram o desejo de não retornar a Islândia, bem como em razão da boa integração das crianças em Portugal.

Por outro lado, nos casos em que não há ou que não ficam demonstradas as exceções previstas no art. 13, resta imperioso concluir pela ordenação de regresso da criança ao país de residência habitual. Vejamos o julgado de 20 de abril de 2022 [27], do STJ. No referido caso, o casal viveu em união estável até março de 2021, gerando um filho, a residir em um país não identificado na decisão. O genitor, sem consentimento ou autorização da genitora, foi para Portugal levando o filho. A genitora se opôs a deslocação. Baseado no art. 7.°, n.° 2 da Convenção de Haia, tentou-se o regresso voluntário da criança, porém sem efeito. Intentou-se ação para retorno da criança. A sentença

[27] Acórdão do STJ de 20.04.2022, (Relator Isaías Pádua) 1ª Secção Cível, processo n.° 403/21.7T8MBR.C1.S1, 20 de abril de 2022. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:403.21.7T8MBR.C1.S1.0B?search=fQSCzqfnsb-vvgsRceY>.

julgou a ação procedente, determinando o regresso da criança à mãe. O genitor interpôs recurso, onde o Tribunal negou provimento. E, então, interpôs o recurso de revista excepcional para o STJ. O acórdão afirmou que:

> muito embora o progenitor/requerido/recorrente alegue um conjunto de situações que, em abstrato, poderiam servir para evitar/impedir o regresso da criança, o que é certo é que as mesmas não resultaram demonstradas (ainda que indiciariamente), assim como não resultou demonstrado que com o regresso à ... poderão não estar salvaguardados os direitos e interesses do AA, sendo certo que era sobre aquele que impedia o ónus de prova de qualquer uma das circunstâncias (de exceção) que, à luz dos citados dispositivos legais, legitimam a determinação da recusa do regresso da criança à ... (onde então residia, aquando da sua vinda para Portugal, com ambos os seus progenitores); país esse que, como é conhecimento público, é um dos países com legislação mais avançada em matéria de proteção das crianças e de defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais (cfr. artº. 20º da Convenção, onde se configura outro dos motivos que podem determinar a recusa de regresso).

Diante do exposto, extrai-se que as exceções previstas no art. 13 da Convenção são interpretadas restritivamente. Deste modo, mantém-se a finalidade principal de regresso da criança deslocada ou retida ilicitamente, e apenas em casos excepcionais, onde revela-se o superior interesse da criança pela ocorrência das hipóteses previstas no art. 13 da Convenção verifica-se a não determinação de regresso da criança ao país de residência habitual.

4. CESSAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO

O art. 4.° prevê que "a Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante". No entanto, "a aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de 16 anos".

Vejamos a decisão de 15 de fevereiro de 2022 [28], do STJ. O caso narra que a guarda de duas crianças foi atribuída ao pai, em

[28] Acórdão do STJ de 15.02.2022, (Relatora Maria João Vaz Tomé), 1ª Secção Cível, processo n.º 687/16.2T8TMR-H.E1.S1. . [Consult. 10 abr. 2024].

setembro de 2014, que residiam na França. Em abril de 2016, as crianças saíram da França com a mãe e não regressaram. Em julho de 2019, o Tribunal Grande Instance verificou que a residência habitual das crianças estava com o genitor, e que, portanto, as crianças deveriam regressar ao convívio do pai. A Autoridade Central Francesa solicitou à Autoridade Central Portuguesa (DGRSP) a execução do pedido de regresso. Em setembro de 2019, o Juízo de Família e Menores, proferiu sentença e decidiu pela verificação da executoriedade em Portugal da sentença proferida pelo Tribunal de Grande Instance, da França. Foi interposto recurso da decisão, que foi julgado improcedente. Houve nova interposição de recurso, o qual não foi admitido.

Em dezembro de 2020, o Ministério Público, com base no art. 4.° da Convenção solicitou que, em virtude da criança ter completado 16 anos de idade, se declarasse que deixara de estar abrangido pela Convenção de Haia. O STJ indeferiu a pretensão, visto que o caso não se tratava de uma análise da aplicação da Convenção de Haia, mas de reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira. Foi, então, determinada a entrega das crianças. Inconformada com as decisões, a Recorrente interpôs recurso de apelação. O Tribunal de Relação julgou procedente, revogando em parte as decisões, para que não se operacionalizasse a entrega de uma das menores. Então, o genitor interpôs recurso de revista com fundamento no Regulamento de Bruxelas II bis [29], para que fosse acionado o envio da referida menor.

O STJ assim se manifestou "das normas mencionadas supra resulta que o Regulamento Bruxelas II bis não visou substituir a Convenção de Haia de 1980, mas sim complementá-la mediante a adoção de mecanismos tendentes à operacionalização de um regresso rápido das crianças ilicitamente retidas ou ilicitamente deslocadas".

Com relação ao retorno (ou não) da criança, o STJ afirmou que "atendendo à sua idade e maturidade, a vontade da criança é suscetível de assumir, efetivamente, um papel determinante do desfecho dos procedimentos de regresso". No referido caso, o jovem contava

Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:687.16.2T8TMR.H.E1.S1.71?search=N7SZ6DUkWOUJi85mSzA>.

[29] Conselho Da União Europeia. *Regulamento (CE) n.° 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, 2003. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201>.

com 17 anos e já vivia em Portugal há 6 anos, onde construiu relações familiares e sociais. Deste modo, atendendo ao grau de maturidade, a vontade do jovem deve ser respeitada, bem como ficou assente que em razão da idade, a Convenção de Haia já não lhe era aplicável. E então, o STJ julgou o recurso improcedente e manteve o adolescente em Portugal.

> Embora se compreenda a posição do progenitor — pois foi ilicitamente e provavelmente de forma gravemente censurável separado de seus filhos —, neste momento a decisão deve ponderar devidamente a vontade do jovem *BB* como dotada de particular relevância para o desfecho dos autos. Determinar o seu regresso a um país que já não considera como seu, que não constitui atualmente o centro habitual ou permanente dos seus interesses, seria contrário ao seu superior interesse.

Verifica-se, portanto, que a aplicação da Convenção cessa quando a criança atinge a idade de 16 anos. Este preceito se coaduna com a maturidade da criança, em que já alcança entendimento para escolher o país onde possui seus vínculos familiares e sociais.

5. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PORTUGUÊS

O julgado de 13 de setembro de 2022 [30], já destacado neste estudo, traz o questionamento acerca da competência do Tribunal Português. Este processo refere-se a um pedido de regresso da criança para o país de origem com fundamento da Convenção de Haia, fundamentado no rapto internacional, isto é, na deslocação ilícita da criança. No processo, foi alegado que o genitor não poderia ter instaurado o pedido de regresso da criança perante a Justiça Portuguesa, sob alegação de que assim teria reconhecido a residência habitual da criança em Portugal. Sobre este aspecto, o STJ concluiu serem os Tribunais Portugueses internacionalmente competentes para apreciar o pedido acerca do regresso imediato da criança, sob fundamento:

[30] Acórdão do STJ de 13.09.2022 (Relator Manuel Aguiar Pereira), 1ª Secção Cível, processo n.º 20/22.4T8VVC-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:20.22.4T8VVC.A.E1.S1.BD?search=ygPqP_qd7wVsWiC_YjU>.

> como ressaltado pelas instâncias o artigo 12.º da Convenção ao abrigo da qual a medida foi requerida, prevê no seu primeiro parágrafo que o processo em que se pede seja decretado o imediato regresso da criança ao Estado de onde foi deslocada possa correr perante a autoridade judicial onde a criança se encontrar ilicitamente retida ou para onde tiver sido ilicitamente deslocada. Trata-se, ao fim e ao cabo, de agilizar procedimentos em ordem a restaurar uma situação de facto violadora do superior interesse da criança como é a sua deslocação não autorizada, ou não consensual entre os respectivos genitores, do local em que mantinha a sua residência habitual.

Por sua vez, na decisão de 02 de fevereiro de 2023 [31] do STJ, a questão central do processo foi a competência do Tribunal Português para regulação de responsabilidade parental. O caso relata que a genitora de nacionalidade brasileira propôs uma ação judicial em face do genitor, em Portugal, para regulação do exercício das responsabilidades parentais do filho menor, nascido em 2020. O despacho inicial afirmou ser internacionalmente competente para análise do caso e determinou conferência de pais para março de 2022. O genitor, inconformado com a afirmação da competência internacional do tribunal português, interpôs recurso. O Tribunal de Relação de Lisboa julgou improcedente o recurso. Inconformado, interpôs recurso para o STJ. A questão do recurso é restrito a saber se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para apreciar o caso. Ficou assente no caso que a criança nasceu em Córdoba na Espanha e, em agosto de 2020, a genitora viajou com o filho para Portugal. Ocasião em que o genitor requereu o procedimento de entrega judicial da criança, que foi entregue em janeiro de 2021, porém a decisão foi revogada pelo STJ, porém até a data do acórdão da Relação ainda sem regresso para a genitora. O genitor juntou cópia da decisão do Tribunal Provincial de Córdoba, que afirma que o Tribunal de Lucena tem jurisdição para julgar o caso.

[31] Acórdão do STJ de 02.02.2023 (Relatora Maria da Graça Trigo), 2ª Secção Cível, processo n.° 17505/20.0T8LSB-A.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2023:17505.20.0T8LSB.A.L1.S.87?search=H5Xofpj2VMV0PDvKUwg>.

O acórdão ressaltou os julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia e citou o julgado Barbara Mercredi *vs*. Richard Chaffe [32] onde consta que:

> o conceito de «residência habitual», na acepção dos artigos 8.° e 10.° do regulamento, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar. Para tanto, e quando está em causa a situação de uma criança em idade lactente que se encontra com a mãe apenas há alguns dias num Estado-Membro diferente do da sua residência habitual, para o qual foi deslocada, devem designadamente ser tidas em conta, por um lado, a duração, a regularidade, as condições e as razões da estada no território desse Estado-Membro e da mudança da mãe para o referido Estado e, por outro, em razão, designadamente, da idade da criança, as origens geográficas e familiares da mãe, bem como as relações familiares e sociais mantidas por esta e pela criança no mesmo Estado-Membro. Cabe ao órgão jurisdicional nacional fixar a residência habitual da criança tendo em conta todas as circunstâncias de facto específicas de cada caso.
> Na hipótese de a aplicação dos critérios acima referidos levar, no processo principal, a concluir que a residência habitual da criança não pode ser fixada, a determinação do tribunal competente deveria ser efectuada com base no critério da «presença da criança» na acepção do artigo 13.° do regulamento.

Apesar da relevância do julgado transcrito acima, o STJ ressalta que o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia refere-se a uma deslocação lícita, porém adverte que no caso em apreço referia-se a uma deslocação ilícita, e portanto, evocou a aplicação do art. 10° do Regulamento n° 2201/2003 [33]. E, concluiu que os Tribunais espanhóis mantêm competência internacional para apreciar o caso.

---

[32] Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22. 12.2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi vs Richard Chaffe. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:50df8849-1210-45b0-bc75-ac13e92bbb5c.0009.02/DOC_2&format=PDF>.

[33] Conselho Da União Europeia. *Regulamento (CE) n.° 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à*

Quanto ao art. 10.° do Regulamento n° 2201/2023 [34], impõe observar que diante da deslocação ou retenção ilícita, a regra geral é a manutenção do tribunal competente antes da deslocação ilícita até que seja estabelecida nova residência habitual em outro Estado membro da União Europeia [35].

Constata-se que os dois casos citados não tratam da mesma matéria. O primeiro refere-se a competência dos Tribunais Portugueses para julgamento do pedido de regresso da criança para o país de origem com fundamento da Convenção de Haia. Já o segundo caso, refere-se a um procedimento de regulação de responsabilidade parental em que versava sob um caso de rapto internacional de crianças. E, portanto, apresentam diferenças intrínsecas a cada caso.

6. CELERIDADE DO PROCEDIMENTO

Dentro do escopo da Convenção de Haia — Apectos Civis do Rapto Internacional de Crianças — a celeridade é de grande relevância para que se possa dar cumprimento ao art. 12 da Convenção. E, ademais, para que consiga alcançar suas finalidades precípuas, e, principalmente não causar prejuízo ao desenvolvimento da criança [36]. Conforme salienta Luís Pinheiro [37], a Convenção exprime a ideia de que a criança deve retornar com maior brevidade ao país de residência habitual, visto que a autoridade competente deste país é quem

execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, 2003. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201>.

34 *Idem*.

35 Anabela Susana de Sousa Gonçalves, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014, pp. 152.

36 Leonardo Veiga Franco / Lorena Rodrigues Lacerda / Luiza Tosta Cardoso, Sequestro Internacional de Criança: análise da Convenção de Haia, in *IV Congresso de processo civil internacional — III Encontro da rede Ibero-Americana de processo civil internacional*, *Anais Princípios Transnacionais do Processo Civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado*, Vitória, 2019, pp. 54. [Consult. 15 abr. 2024]. Disponível: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/31476>.

37 Luís de Lima Pinheiro, "Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças", in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III/IV, n. 74, dez. 2014, pp. 682.

detém melhor condição para decidir os aspectos da vida da criança, como guarda e residência. Assim, segundo o autor, o procedimento para regresso da criança é uma "luta contra o tempo".

O propósito do Regulamento foi desencorajar a ocorrência de rapto de crianças por parte dos progenitores entre Estados-Membros, bem como garantir um retorno célere da criança ao seu Estado-Membro de origem, caso tal eventualidade ocorra [38].

No julgado de 14 de setembro de 2023 [39], STJ, fica assente a preocupação com a celeridade do procedimento, ao mesmo tempo que ressalta a importância da observância dos princípios fundamentais do sistema legal e constitucional português. No referido caso, o STJ constatou que:

> Na situação dos autos, quem despoletou a intervenção do tribunal viu-se confrontada com uma decisão que atendeu a factos relevantíssimos sobre os quais não lhe foi dada oportunidade de pronúncia e que foram decisivos na resolução — negando-a — da pretensão que formulara.
> A celeridade imposta pela lei não é um valor superior ao da defesa, no sentido de a pretensão ser negada por factos sobre os quais o interessado não teve oportunidade de ser ouvido e produzir prova, mesmo que indiciária, por força da lei e da CRP.
> Quer isto dizer que se considera inadmissível que a pretensão do requerente tenha sido decidida com base em factos indiciários apurados — grande parte deles — a partir da posição adoptada pela requerida, que mereceu a credibilidade do tribunal, mas sem que ao tribunal fosse sequer colocada a

[38] Rita Guimarães Fialho d' Almeida, "Breves notas acerca do rapto internacional de crianças e seus instrumentos de resolução" in *Revista Jurídica Portucalense*, n. 22, 2017, pp. 151, http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(22)2018.ic-07. Anca Magda Voiculescu, "Interaction between Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and domestic litigations concerning domicile of the child and parental authority", in *The 12th International Conference "Challenges os the knowledge society"*, Bucharest, "Nicolae Titulescu" University Publishing House, maio 2018, pp. 347–355. [Consult. 13 abr. 2024]. Disponível em: <https://cks.univnt.ro/cks_2018.html>.

[39] Acórdão do STJ de 14.09.2023 (Relatora Fátima Gomes), 7ª Secção Cível, processo nº. 2689/22.0T8PRD.G1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/2689%2F22.0T8PRD.G1.S1/1cmQNWbKbZ0pfp2ix_ZhMCrtYrM?search=D7X4GGfPSCgVigqm-_A>.

> questão de saber o que sobre esses factos tinha o requerente a dizer e a demonstrar, mesmo que indiciariamente.

Já no julgado de 09 de junho de 2021 [40], STJ, a genitora foi para audiência sem advogado e aceitou o regresso voluntário da criança para o Reino Unido, porém ela não compareceu no aeroporto para o voo designado. Após tal fato, a genitora alegou que não havia concordado com a ida da criança para o Reino Unido. E, afirmou que estava no Tribunal desacompanhada de sua advogada e que não possuía domínio da língua portuguesa. A ausência da advogada justificou-se pelo fato da genitora ter sido notificada para comparecer com urgência ao tribunal, no dia seguinte ao da notificação. Nesta ocasião, foram tomadas as declarações e proferida a respectiva sentença. Assim, o STJ entendeu que a genitora desacompanhada de sua advogada não teve oportunidade de efetivamente se opor ao pleito de regresso da criança. Neste julgado, o STJ afirmou que:

> Ainda que o processo tenha natureza urgente (art.13º do RGTPC), estão em causa matérias respeitantes a direitos, liberdades e garantias da criança (e, indiretamente, da sua mãe), constitucionalmente protegidos (art.18º da CRP) que não podem ser completamente atropelados por razões de celeridade.
> [...]
> Apesar de se tratar de uma temática na qual não existe total consenso, nem doutrinal nem jurisprudencial, sobre a melhor forma de equacionar e compatibilizar o funcionamento dos mecanismos internacionais de restituição de crianças ilicitamente deslocadas e a salvaguarda do superior interesse da criança, trata-se de matéria, que, pela sua natureza, não pode ser apreciada pelas instâncias segundo critérios de legalidade estrita. A eficácia e a operatividade normativa dos instrumentos jurídicos internacionais são se podem sobrepor, a qualquer custo, à consideração do superior interesse da criança em cada caso concreto, porquanto tal interesse se reconduz a

[40] Acórdão do STJ de 09.06.2021 (Relatora Maria Olinda Garcia), 6ª Secção Cível, processo n.º 1677/20.6T8PTM-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:1677.20.6T8PTM.A.E1.S1.58?search=OFNK6bTxm4tJZUDadJY>.

> um dos valores estruturantes da Convenção sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças, e se encontra também expressamente formulado no art.3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Deste modo, verifica-se que em Portugal há uma nítida preocupação pela celeridade do procedimento e de dar cumprimento a Convenção de Haia — Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, sem que isso importe em violações a direitos fundamentais, principalmente o direito ao contraditório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a análise da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças revela-se essencial para compreender os critérios e desafios deste contexto internacional. A jurisprudência do STJ destaca a importância do direito de custódia como elemento central na determinação da ilicitude da deslocação ou retenção da criança em outro país, exigindo uma análise cuidadosa deste direito em consonância com a legislação do país de residência habitual da criança. A definição de residência habitual enfatiza a importância da estabilidade e integração da criança em seu ambiente social e familiar, fornecendo critérios para sua avaliação.

É fundamental notar que as exceções previstas no art. 13 da Convenção devem ser interpretadas restritivamente, preservando-se o objetivo primordial de garantir o regresso da criança deslocada ou retida ilicitamente.

O Supremo Tribunal de Justiça evidencia uma clara busca pela efetividade na aplicação da Convenção de Haia, promovendo um procedimento célere, que simultaneamente busca equilibrar a preservar os direitos fundamentais das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Rita Guimarães Fialho d', "Breves notas acerca do rapto internacional de crianças e seus instrumentos de resolução" in *Revista Jurídica Portucalense*, n. 22, 2017, pp. 135–165. http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(22)2018.ic-07

Araujo, Nadia de / Nardi, Marcelo de, "O conceito de residência habitual na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: elemento de contato para reconhecimento da jurisdição internacionalmente

competente", in *Revista dos Tribunais Caderno Especial — Cooperação Jurídica Internacional*, v. 1, abr. 2018, pp. 115-131.

Cidrão, Taís Vasconcelos / Muniz, Antônio Walber / Sobreira, Sérgio Adriano Ribeiro, "Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980", in *Ponto e Vírgula — PUC SP*. n. 23, 2018, pp. 44-59.

Franco, Leonardo Veiga / Lacerda, Lorena Rodrigues / Cardoso, Luiza Tosta, "Sequestro Internacional de Criança: análise da Convenção de Haia", in *IV Congresso de processo civil internacional — III Encontro da rede Ibero-Americana de processo civil internacional*, *Anais Princípios Transnacionais do Processo Civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado*, Vitória, 2019, pp. 44-56. [Consult. 15 abr. 2024]. Disponível: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/31476>.

Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014, pp. 147–160.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira / Mattos, Elsa de, "Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência", in *Revista dos Tribunais*, v. 954, abril. 2015, pp. 239-254.

Pinheiro, Luís de Lima, "Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças", in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III/IV, n. 74, dez. 2014, pp. 679–693.

Schuz, Rhona, "Habitual Residence: Review of Developments and Proposed Guidelines", in *Laws*, v. 12, n. 4, jul. 2023, pp. 1-16. https://doi.org/10.3390/laws12040062

Voiculescu, Anca Magda, "Interaction between Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and domestic litigations concerning domicile of the child and parental authority", in *The 12th International Conference "Challenges os the knowledge society"*, Bucharest, "Nicolae Titulescu" University Publishing House, maio 2018, pp. 347–355. [Consult. 13 abr. 2024]. Disponível em: <https://cks.univnt.ro/cks_2018.html>.

LEGISLAÇÃO

Brasil. Decreto n.°3.413, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 11 abr. 2024.

Convenção De Haia, Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. 25 out. 1980. [Consult. 9 abr. 2024]. Disponível: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

Conselho Da União Europeia. *Regulamento (CE) n.° 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, 2003. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201>.

Portugal, *Decreto do Governo n.°33/83*, 11 maio 1983. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível: < https://dgpj.justica.gov.pt/Relacoes-Internacionais/Organizacoes-e-redes-internacionais/Conferencia-da-Haia/Portugal-e-a-Conferencia-da-Haia>.

WEBSITE

Portugal, *Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal de Justiça: jurisprudência*. [Consult. 11 abr. 2024]. Disponível: <https://juris.stj.pt/pesquisa>.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do STJ de 08.04.2021 (Relator Manuel Capelo), 7ª Secção Cível, processo n°. 5403/20.1T8LSB-A.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:5403.20.1T8LSB.A.L1.S1.65?search=RIoMCJ_3M0KtJG_DdcA>. Acesso em: 10 abr. 2024.

Acórdão do STJ de 04.05.2021 (Relator Pedro de Lima Gonçalves), 1ª Secção Cível, processo n.° 7603/20.5T8PRT-C.P1.S1 . [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:7603.20.5T8PRT.C.P1.S1.FE?search=lqcT1sSJrrmAL5ee6xg>.

Acórdão do STJ de 09.06.2021 (Relatora Maria Olinda Garcia), 6ª Secção Cível, processo n.° 1677/20.6T8PTM-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:1677.20.6T8PTM.A.E1.S1.58?search=OFNK6bTxm4tJZUDadJY>.

Acórdão do STJ de 08.11.2021 (Relator Vieira e Cunha), 2ª Secção Cível, processo n.° 6810/20.5T8ALM.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2021:6810.20.5T8ALM.L1.S1.1B?search=jPhJ1gv1BLZsktmcF_k>.

Acórdão do STJ de 15.02.2022, (Relatora Maria João Vaz Tomé), 1ª Secção Cível, processo n.º 687/16.2T8TMR-H.E1.S1. . [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:687.16.2T8TMR.H.E1.S1.71?search=N7SZ6DUkWOUJi85mSzA>.

Acórdão do STJ de 20.04.2022, (Relator Isaías Pádua) 1ª Secção Cível, processo n.° 403/21.7T8MBR.C1.S1, 20 de abril de 2022. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:403.21.7T8MBR.C1.S1.0B?search=fQSCzqfnsb-vvgsRceY>.

Acórdão do STJ de 13.09.2022 (Relator Manuel Aguiar Pereira), 1ª Secção Cível, processo n.° 20/22.4T8VVC-A.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2022:20.22.4T8VVC.A.E1.S1.BD?search=ygPqP_qd7wVsWiC_YjU>.

Acórdão do STJ de 02.02.2023 (Relatora Maria da Graça Trigo), 2ª Secção Cível, processo n.° 17505/20.0T8LSB-A.L1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2023:17505.20.0T8LSB.A.L1.S.87?search=H5Xofpj2VMV0PDvKUwg>.

Acórdão do STJ de 14.09.2023 (Relatora Fátima Gomes), 7ª Secção Cível, processo n°. 2689/22.0T8PRD.G1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/2689%2F22.0T8PRD.G1.S1/1cmQNWbKbZ0pfp2ix_ZhMCrtYrM?search=D7X4GGfPSCgVigqm-_A>.

Acórdão do STJ de 14.09.2023, (Relator Nuno Pinto Oliveira), 7ª Secção Cível, processo n°. 449/23.0T8PTM.E1.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/449%2F23.0T8PTM.E1.S1/w15PKAir8AEeG1U1-7FophkGta8?search=D7X4GGfPSCgVigqm-_A>.

Acórdão do STJ de 29.03.2024 (Relatora Isabel Salgado), 2ª Secção Cível, processo n.° 3322/22.6T8LRA-A.C1-A.S1. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: <https://juris.stj.pt/3322%2F22.6T8LRA-A.C1-A.S1/Iw-ajaZQTWQwBP780ITq8k1psHA?search=86VQNV-uCeGNsW5ZMIw>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22. 12.2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi vs Richard Chaffe. [Consult. 10 abr. 2024]. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:50df8849-1210-45b0-bc75-ac13e92bbb5c.0009.02/DOC_2&format=PDF>.

HIJOS MENORES Y VIOLENCIA DE GÉNERO. LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DEL PADRE MALTRATADOR

Nieves Martínez Rodríguez *

Resumen: La violencia de género provoca graves consecuencias en el desarrollo de los hijos menores. Para garantizar su protección y seguridad, es necesario mantenerlos alejados de ese entorno de violencia, lo que puede ser entrar en conflicto con su propio interés en conservar la relación y el contacto con el progenitor que la ejerce. Este trabajo aborda la violencia de género como causa de suspensión del régimen de visitas del padre maltratador. En él se examina la evolución de esta problemática a través del estudio de la práctica judicial y de los cambios legislativos de los últimos años. En particular, se analiza la importante reforma del artículo 94 del Código Civil español, que dispone la suspensión de manera imperativa en determinados supuestos de violencia, lo que reduce el margen de actuación judicial.

Palabras Clave: hijos menores, violencia de género, régimen de visitas, relaciones paterno filiales, interés superior del menor.

Abstract: Gender-based violence has very serious consequences for the development of minor children. To ensure their protection and safety, it is necessary to keep them away from this violent environment, which may conflict with their own interest in maintaining the relationship and contact with the abusive parent. This paper addresses gender-based violence as a cause for the suspension of the abusive parent's

* Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Privado. Profesora Titular de Derecho civil.
marini@usal
ORCID: 0000-0002-6795-8278

access. It examines the evolution of this problem through the study of judicial practice and legislative changes in recent years. In particular, it analyses the important reform of article 94 of the Spanish Civil Code, which provides for the mandatory suspension in certain cases of violence, reducing the margin for judicial action.

Key Words: minor children, gender violence, visitation regime, parent-child relationships, best interests of the child

Sumário: 1. Introducción **2.** El régimen de visita, comunicación y estancia **3.** La suspensión del régimen de visitas **3.1.** ¿Puede suspenderse el régimen de visitas? **3.2.** Especial referencia al interés del menor en la suspensión del régimen de visitas **3.3.** La suspensión por graves circunstancias que lo aconsejen: el antiguo artículo 94.1 Cc **4.** La violencia como causa de suspensión de las visitas: el vigente artículo 94 cc **5.** Violencia de género y régimen de visitas: algunos aspectos de su evolución **6.** La suspensión del régimen de visitas por violencia de género: automatismo legal o discrecionalidad judicial **6.1.** El polémico artículo 94.4 Y 5 del cc **6.2.** La interpretación constitucional del artículo 94.4 Cc. La stc 106/2022. **6.3.** Algunas sentencias posteriores

1. INTRODUCCIÓN

La infancia es un periodo decisivo en el desarrollo de la persona que debe ser protegido ante cualquier forma de maltrato. Los niños y niñas tienen derecho a vivir y desarrollarse en un entorno libre de violencia. La necesidad de garantizar su protección integral, según las previsiones de los distintos acuerdos internacionales, exige apartarles de cualquier situación de riesgo que pueda afectar a su seguridad y su propio bienestar. Especialmente cruel es la violencia que sufren dentro del hogar, en particular los hijos que viven y crecen en un entorno familiar en el que está presente la violencia de género.

Esta forma de violencia, ejercida directamente contra la madre, tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psíquico y emocional del niño, [1] afecta a su propia salud, condiciona su bienestar y le convierte en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre ella [2].

[1] Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, *sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños* (2019/2166 (INI)), apartado N. Como señala la misma Resolución: los niños también pueden sufrir la denominada «violencia presenciada» en el hogar y el entorno familiar, al asistir a cualquier tipo de maltrato a través de actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra personas de referencia o significativas desde el punto de vista afectivo.

[2] Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio *de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*.

La exposición del menor a esta forma de violencia le hace especialmente vulnerable ya que el hogar es el lugar donde debería estar más protegido. Los efectos perjudiciales, en ocasiones, irreversibles, que sufre en este contexto, le convierten en víctima directa de la violencia de género. Víctima a la que hay que proteger con todas las medidas necesarias para garantizar su bienestar.

Estas medidas deben tener como objetivo prioritario mantener al menor alejado del entorno de violencia. Para ello es fundamental prestar especial atención a las decisiones que se toman respecto a la continuidad de su relación con el padre maltratador. La conflictividad que producen en las familias las situaciones de violencia exige adecuar las relaciones paterno filiales a una realidad diferente a la de normalidad. Esto va a ser decisivo a la hora de establecer, suprimir o limitar el régimen de visitas del progenitor inculpado con el hijo menor.

Se trata de decidir si la violencia ejercida sobre la madre es motivo suficiente para privar al padre del contacto con su hijo. Si se debe impedir el establecimiento de visitas o suprimir el ya establecido ante estas situaciones de violencia. El tema es complejo, de especial sensibilidad y no exento de polémica al entrar en conflicto distintos intereses que hay que ponderar: por un lado, el interés en el mantenimiento de las relaciones, tanto del progenitor como del propio hijo; por otro, el propio interés del hijo a vivir y desarrollarse en un entorno libre de violencia.

Cualquier decisión que se tome debe garantizar que el interés superior del menor sea la consideración primordial a tener en cuenta. Como en todas las cuestiones que le afectan, también cuando se trata de la suspensión o limitación del régimen de visitas, lo determinante será determinar si ese entorno de violencia justifica la implementación de estas medidas, por ser las más beneficiosas para el menor. Pues, aunque se deben conciliar los distintos intereses implicados, en caso de conflicto, el del menor prevalece como interés superior.

Este interés superior del menor, punto de partida y de llegada de cualquier decisión, debe ser evaluado considerando todas las circunstancias concurrentes para poder concretar, en cada supuesto sometido a consideración judicial, que es lo mejor para él.

Tradicionalmente esta decisión quedaba en manos de los jueces y la tendencia dominante era considerar la violencia de género compatible con las visitas del progenitor maltratador. No existía en España una norma que impusiera esta violencia como causa de suspensión y los tribunales raramente la aplicaban: el propio interés del menor,

sobre el que no se ha ejercido tal violencia, justificaba el mantenimiento de la relación paterno filial.

En la actualidad, la situación ha cambiado. Por un lado, la jurisprudencia ha evolucionado hacia posturas más sensibles frente a la violencia de género y sus efectos sobre los menores. Por otro, el legislador ha incluido una mención expresa a esta violencia como causa de restricción de las visitas para limitar la discrecionalidad de los tribunales. Se modifica entre otros, el artículo 94 del CC, para prohibir el establecimiento del régimen de visitas cuando el progenitor esté incurso en un procedimiento penal por violencia o cuando existan indicios fundados de la misma.

El nuevo texto ha generado en interesante debate, no concluido, sobre la necesidad o conveniencia de suspender el régimen de visitas en estas situaciones, y en particular, sobre si esa suspensión es o deber automática, sin posibilidad de que el juez pueda decidir otra cosa teniendo en cuenta las circunstancias del caso. El eventual carácter imperativo de la norma que reduce la discrecional judicial ha suscitado una intensa polémica, que se ha incrementado con la interpretación el Tribunal Constitucional que ha hecho de la norma.

2. EL RÉGIMEN DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

El establecimiento de un régimen de visita, comunicación y estancia tiene como finalidad garantizar y organizar las relaciones del menor con el progenitor no custodio. Se trata con ello de asegurar el mantenimiento del apego y el vínculo afectivo y evitar el posible desarraigo por la falta de relación [3]. El desarrollo de la personalidad del menor requiere preservar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores para satisfacer sus necesidades afectivas y formativas. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores [4] y el disfrute de la

[3] Como desde siempre y de forma unánime ha destacado la doctrina. Por todos, *vid*. MARTA ORDÁS ALONSO: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019, p. 71; MANUEL GARCÍA MAYO: "Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio", *La Ley Derecho de Familia*, Nº. 40, 2023, p. 3.

[4] Así lo ha señalado la Sala Primera del Tribunal Supremo, para la que "los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles

compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental del derecho al respeto a la "vida familiar" del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [5].

Si los progenitores no conviven -bien porque nunca lo han hecho, bien porque han roto su convivencia-, atribuida la custodia a uno de ellos, debe organizarse la forma en la que el otro puede relacionarse con el menor. A ello se dirige el establecimiento de un régimen de visitas, comunicación y estancia, regulado en el artículo 94 del Código civil español (CC). Se trata, en definitiva, de fijar el tiempo, el modo y el lugar para su ejercicio, que, a falta de acuerdo entre los progenitores, lo decidirá el juez. Así lo dispone el primer apartado del citado artículo 94 CC, que reza: "La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía".

De la letra de la norma trascrita se colige que el legislador justifica la necesidad de determinar el régimen en el derecho del progenitor no custodio [6], que "podrá ejercitar el derecho a visitarlos (a los hijos), comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". Nada dice del derecho del hijo, aunque no hay duda que éste tiene un interés digno de tutela en el mantenimiento de la relación paterno-filial [7].

---

señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad" (STS 625/2022, 26 de septiembre).

5 Como reitera, a modo de premisa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otras, en la STEDH de 18 de febrero de 2014 (caso Fernández Cabanillas c. España).

6 Aunque en este caso nos referimos solo al progenitor no custodio, también puede aplicarse este artículo 94 CC cuando la custodia sea compartida por ambos progenitores. El propio texto no se refiere expresamente al derecho del progenitor no custodio, sino de "el que no tenga consigo a los hijos menores". Nada impide entonces que, a pesar de compartir la custodia, puedan fijarse tiempos de visita y comunicación respecto del progenitor que no tenga en ese momento el cuidado del menor, máxime si los tiempos de estancia son largos. En el mismo sentido, Cristina Guilarte Martín-Calero: "Comentario al artículo94 del Código Civil", en Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 146.

7 La relación paterno-filial encuentra amparo constitucional en el artículo 39.1 CE, que consagra el deber de asistencia de los padres y la protección integral de las familias, así como en el artículo 10.1 CE, si entendemos la relación con ambos progenitores como un elemento esencial para el libre desarrollo de la personalidad del menor.

Interés que, no sólo confluye con el de su progenitor, sino que, en caso de conflicto, prevalece sobre el de éste.

Estamos, por tanto, ante un derecho de relación, tanto del progenitor no custodio, como del menor. Un derecho-deber, cuya finalidad es mantener la comunicación y el contacto entre ambos cuando la falta de convivencia impida el normal desarrollo de la relación familiar. Esta doble titularidad del derecho ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia constitucional. En particular, la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 5) señala que "el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos". También el Tribunal Supremo insiste en este carácter de derecho-deber cuando reconoce que la "relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquéllos" (STS 1285/2002, 26 de diciembre). Su adecuado cumplimiento no pretende únicamente satisfacer los deseos o derechos del progenitor, sino también y, sobre todo, cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado, partiendo del beneficio que supone para él compartir su vida con ambos progenitores [8].

A diferencia del artículo 94 CC, numerosos textos internacionales ponen el foco en el derecho del menor y no del progenitor. Son instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores que reconocen el derecho de relación como un derecho básico del menor y que están integrados en el ordenamiento español ex artículo 10.2 de la Constitución Española (CE), y a los que se remite expresamente la *LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor* (LO 1/1996) [9].

[8] Gonzalo Muñoz Rodrigo: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en Chaparro Matamoros, Muñoz Rodrigo, De Verda Y Beamonte (coord.) *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 205. En sentido parecido, Esther Torrelles Torrea: "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 791, 2022, p. 1391.

[9] *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. En su artículo 3 dispone: "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce

Entre ellos, el artículo 9.3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 (CDN) [10] dispone que dispone: "Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". También, el artículo 14 de la *Carta Europea de los Derechos del Niño* (1992) [11], que señala: "En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño" Y, en sentido parecido, el artículo 24.3 de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000) [12] que establece: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses".

En los citados textos se reconoce el derecho del menor a mantener relaciones y contacto directo, permanente o regular con sus progenitores, salvo si es contrario a su interés. Siendo esta salvedad sumamente importante como criterio fundamental para justificar la suspensión de la relación paterno filial, que es el tema que aquí nos ocupa. Su interés prevalece sobre su inicial derecho al contacto con sus progenitores y, por supuesto también, sobre el derecho de estos últimos, que deberá ceder frente al de sus hijos menores.

En el ordenamiento español, se refiere también al derecho como un derecho del hijo, el artículo 160 CC, que reconoce que "los hijos

la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas…", y también que "las disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas".

10 *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1998, que fue ratificada por España el 3 de diciembre de 1990.

11 *Carta Europea de los Derechos del Niño*, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de Julio de 1992 (DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de1992).

12 *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, aprobada el 7 de diciembre de 2000 (DOCE nº. 364, de 18 de diciembre de 2000.

menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial…" (art. 160.1 CC). Con motivo de la normativa internacional a la que nos acabamos de referir y su ratificación por España, la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (Ley 26/2015) reformó el artículo 160 CC, reconociendo expresamente la titularidad del derecho a los menores, que hasta entonces se configuraba, al igual que en el artículo 94 CC, como un derecho del progenitor [13].

Por otra parte, la forma de organizar las relaciones entre el padre no custodio y el menor depende de múltiples factores y situaciones, siendo diverso su alcance. El artículo 94.1 CC reconoce expresamente que el progenitor no custodio "podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". Al respecto se distingue habitualmente entre un derecho de visita, propiamente dicho, uno de estancia y un de derecho de comunicación. Los tres constituyen niveles sucesivos de relació y se diferencian por el modo, tiempo y lugar de ejercicio, así como por el grado de intensidad, que avanza desde las comunicaciones a las visitas, hasta llegar a las estancias [14].

El legislador español se refiere a ellos, bien de forma conjunta, bien solo a alguno o algunos de ellos, y en ocasiones, indistintamente. Los diferentes términos son en realidad formas en las que se pueden organizar las relaciones humanas. De forma sucinta podemos conceptuarlos diferenciando su alcance [15]. Así, las *visitas* pueden identificarse con los períodos de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven, normalmente en el domicilio de

[13] Llama la atención que el legislador solo modificara el artículo 160 CC y no el artículo 94CC, que aún hoy, solo se refiere al derecho del progenitor. Como se ha dicho, el legislador se ha resistido a modificar el artículo 94 CC como un derecho del padre, a pesar de la normativa internacional en la que se reconoce esta relación como un derecho del niño, *vid*. Paula Reyes Cano: "La vulneración de los derechos fundamentales de los menores en un contexto de violencia de género: una realidad a considerar en las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 112, 2018, p. 284.

[14] José Luis Ortega Calderón: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario La Ley*, Nº 9892, 15 de Julio de 2021.

[15] La doctrina así lo ha diferenciado. *Vid*., por todos, BLANCA SILLERO CROVETO: "Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. Extra 16, 2, 202, p. 1638.

este último. Las *estancias* también se refieren a estos períodos de convivencia, pero más prolongados en el tiempo, períodos más largos en los que hay pernocta, habitualmente en el domicilio del progenitor no custodio y que se corresponden con periodos períodos vacacionales, o de más larga permanencia que las visitas. Las *comunicaciones*, en cambio se refiere al hecho de tener noticias o estar en contacto a través de cualquier recurso telemático, lo que entraña un menor nivel de intensidad en la relación.

Habitualmente, el término "régimen de visita" o "derecho de visita" se usa como compresivo de los tres mencionados. A lo largo del este trabajo utilizaremos el término visitas en referencia a cualquier forma de relación, salvo los casos en que sea necesario hacer la distinción o respetar el uso que hace el legislador.

3. LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. ¿Puede **suspenderse el régimen de visitas?**

Como recientemente ha señalado el Tribunal Supremo, "en condiciones normales, los contactos entre padres e hijos son beneficiosos, pero no siempre tienen que serlo", por ello, "la existencia de vínculos de descendencia no implica necesariamente, en ineludible vinculación, que las visitas sean fijadas cuando se reputen contraproducentes para el desarrollo de la personalidad de los niños (STS 915/2024 de 26 de junio). Y si bien es cierto que a un menor "que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos" (STC 625/2022, de 26 de septiembre), no hay duda que existen situaciones que su propio interés exige la no fijación de las visitas o la suspensión o limitación de las ya establecidas.

En estos casos, el derecho del progenitor a mantener el contacto con su hijo debe ceder en beneficio del interés de este último, cuando ese contacto no sea conveniente para su bienestar o seguridad. En la ponderación de intereses en conflicto, el superior del menor va a justificar la adopción de medidas que restrinjan el derecho del progenitor. Las medidas que deben adoptarse han de ser siempre las que "resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor" (SSTS 170/2016, de 17 de marzo y 625/2022, de 26 de septiembre) y si no lo son, está justificada su suspensión o limitación.

GESTLEGAL

El legislador contempla expresamente esta situación cuando dispone, en el artículo 94.3 CC, que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas "si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial", además de una serie de previsiones específicas que recoge en los párrafos 4 y 5 de ese mismo artículo que después analizamos con detalle. Se trata, en cualquier caso, de circunstancias "relevantes", o como como señalaba el mismo artículo antes de su reforma por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (Ley 8/2021), de "graves circunstancias" que así lo aconsejen, o cuando se produzca un incumplimiento "grave" o reiterado.

La gravedad o relevancia de los motivos ponen de manifiesto el carácter restrictivo de cualquier limitación. Como así ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, para quien este derecho de visitas se configura en el artículo 94 CC como un derecho del progenitor no custodio del que "podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial" (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5).

La concurrencia de estas circunstancias relevantes o graves que aconsejen restringir las relaciones puede tener como efecto la suspensión del régimen de visitas o únicamente su limitación, dependiendo de la gravedad del caso.

La suspensión es una medida más restrictiva que implica la privación temporal de las relaciones entre el menor y el progenitor. Si se produce un cambio de las circunstancias, puede volver a evaluarse la situación y retomar el contacto y así evitar rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo[16]. La limitación, en cambio, permite la relación y el contacto, pero de forma restringida en cuanto al modo, al tiempo o al espacio. Suelen consistir en visitas bajo supervisión; o sin pernocta fuera del domicilio el menor, o tuteladas en un Punto

[16] Como se ha dicho, la suspensión del régimen de visitas supone una privación temporal de las relaciones personales, pudiendo ser la antesala de una supresión definitiva, si la gravedad de las causas y su carácter irreversible exige la adopción de tal medida por ser la primera ineficaz o insuficiente (PAULA REYES CANO: "La vulneración…, *cit*. p. 256)

de Encuentro Familiar sin posibilidad de sacar al menor, o cualquier otra restricción que establezca la autoridad judicial. En ambos supuestos puede ocurrir que el régimen ya se haya fijado y después se produzcan nuevos hechos que aconsejen suspender o limitar los contactos. O bien, que esos hechos ya existieran antes de decidir las visitas, en cuyo caso, puede fijarse inicialmente un régimen ya limitado, o no fijar ninguno, pues las circunstancias para la suspensión son también motivo de su no establecimiento.

La suspensión y la limitación, por tanto, será posible, si concurren los requisitos previstos en la ley: por un lado, como criterio general: la concurrencia de esas circunstancias graves o relevantes y el incumplimiento, también grave y además reiterado, de los deberes impuestos en la resolución judicial (art. 94.3 CC). Por otro, como luego veremos, las específicas causas previstos en los párrafos 4 y 5 del mismo artículo 94 CC. En la valoración de todas estas circunstancias el interés del menor es la consideración primordial. La trascendencia de este interés en las restricciones del derecho de visitas requiere hacer algunas precisiones sobre el mismo.

3.2. Especial referencia al interés del menor en la suspensión del régimen de visitas

Las circunstancias que justifiquen la suspensión o la limitación de las relaciones paterno filiales deben ser apreciadas y valoradas teniendo en cuenta el interés superior del niño. Este interés constituye la regla decisoria en los casos en los que se encuentre comprometido su bienestar (STS 124/2025, de 23 de enero). No en vano "se configura como el principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de todas las normas que regulan las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores" (STS 129/2024, de 5 de febrero). Y todas las medidas concernientes a los niños que se adopten deben de estar en función de su interés superior y orientarse a su consecución, siendo este el principio rector que inspira el sistema de protección del menor.

El Tribunal Constitucional español, en línea con lo dispuesto en el artículo 3.1. de la ya citada CDN [17], ha reconocido que el interés superior del menor es "la consideración primordial a la que deben

[17] El artículo 3.1 de señala: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" (STC 82/2024, de 3 de junio, FJ 2) [18]. Lo que significa que todos los poderes públicos, incluido el judicial, deben velar por que este interés superior sea un principio de interpretación y aplicación preferente en la solución de controversias sobre medidas relativas a menores.

Esta aplicación preferente o su carácter prevalente, sin embargo, no implica la desatención a otros intereses afectados por las medidas que se adopten. Por el contrario, tal y como reconoce el artículo 2.4 de la LO 1/1996 [19], "en caso de concurrir con otros intereses legítimos junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes". La redacción de este artículo procede de la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (LO 8/2015), que dio una regulación detallada al interés del menor, dando contenido al propio concepto.

Estos otros intereses legítimos a los que se refiere la norma, cuando se trata de la suspensión del régimen de visitas, serán los del progenitor afectado por la eventual restricción. Son intereses convergentes con los del hijo y solo en caso de imposibilidad de armonizarlos, el interés del menor es prevalente [20]. Pues, como reconoce el mismo texto legal, "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

18 En el mismo sentido, entre otras, la STC 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5; la STC 148/20223, de 6 de noviembre, FJ 4; la STC 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3; la STC 64/2029, de 9 de mayo; FJ 4.

19 LO 8/2015, de 22 de julio dio una regulación detallada al interés del menor, precisamente modificando el texto del artículo 2, para dotar de contenido al concepto "incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial". Así lo señala expresamente el Preámbulo de la citada LO 8/2015.

20 El interés del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3: y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (art. 4.2 LO 1/1996). De tal forma que, ante la imposibilidad de conciliar intereses contrapuestos, se debe atender al prevalente del menor, principio que no está al mismo nivel que el de los otros intereses, sino superior (STS 129/2024, de 5 de febrero). Pues, como recuerda la STC 176/2008, de 22 de diciembre, ya citada: "cuando en el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste".

Por ello, lo determinante a la hora de decidir sobre la suspensión o limitación del régimen de visitas es valorar si concurren circunstancias que justifiquen la adopción de esa medida por ser la más beneficiosa para el menor. En el caso que nos ocupa, habrá que valorar si determinados hechos, como la violencia ejercida contra la madre, es motivo suficiente, o necesario, para alejar al padre maltratador del menor, en atención precisamente, a su interés superior. Y la valoración ha de hacerse siempre, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, no en vano el propio interés superior del menor es un concepto general y abstracto, a concretar en cada supuesto.

En efecto, el interés superior del menor se ha configurado como concepto jurídico indeterminado, de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso. Como reconoce la jurisprudencia, es una cláusula general que el legislador introduce para para ampliar los márgenes de la ponderación judicial (STS 835/2013, de 6 de febrero) y es preciso llenar su contenido, pues "en cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias" (STS 705/2021, de 19 de octubre). Como también ha señalado el Tribunal Constitucional, a esas concretas circunstancias del caso ha de atenderse especialmente para decidir lo que resulta más beneficioso para el menor, "pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" (STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y STC 81/2021, de abril, FJ 2…, entre otras).

De lo que se trata es de decidir la medida más ventajosa para el menor, para decantarse por la opción que más le beneficie o, incluso, que menos le perjudique en cada supuesto concreto [21]. El legislador

[21] En el mismo sentido, Eugenio Pizarro Moreno: *El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2020, p. 33

ha recogido algunos criterios que pueden servir a los tribunales para interpretar y aplicar el interés superior. El artículo 2.2 de la LO1/1996 enumera una serie de criterios generales, que deberán tenerse en cuenta "sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto". Entre todos ellos, y por lo que aquí interesa, señala como criterio la satisfacción de las necesidades básicas del menor, "tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas" (art.2.2.a), estrechamente vinculado a su interés en mantener relaciones y contacto directo con sus progenitores. Pero la norma también reconoce entre esos criterios, "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia" [22] (art.2.2.c).

La ponderación de esos intereses, junto con la valoración del resto de circunstancias concurrentes será la clave para determinar si el interés superior exige la suspensión o limitación de las relaciones con el progenitor o, si en función de ese mismo interés, se debe permitir o mantener el contacto. La decisión corresponde a los tribunales que tienen "amplias facultades, que no arbitrarias, para valorarlo y garantizarlo en consonancia con el específico contexto de cada conflicto sometido a consideración judicial" (STS 404/2022, de 18 de mayo).

Los tribunales deben hacer una valoración sustentada en el mayor beneficio del menor y con pleno respeto a sus derechos. Y las resoluciones judiciales que afectan a este interés superior deben tener una motivación reforzada, como ha venido exigiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, para quien "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional como es el del interés del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE" (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3) [23]. El

[22] Aunque, como se ha dicho, existen muy pocas resoluciones que interpretan el interés superior del menor en los casos de violencia de género como el derecho de los y las menores a vivir en un clima libre de violencia. M.ª Auxiliadora Diaz Vázquez: "La suspensión de visitas ante la violencia de género y la perspectiva de género", *Práctica de Tribunales*, Nº 156, mayo-junio 2022

[23] En el mismo sentido, la STC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5; la STC 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; la STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; la STC 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2; la STC 2/2024, de 15 de enero; 28/2024, de 27 de febrero; 53/2024, de 8 de abril..., entre otras, han exigido un canon de motivación

deber de motivar las sentencias cuando se encuentre afectada a esfera personal y familiar de los menores requiere de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo mayor, más intenso y completo, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, que el nivel ordinario exigido en otros procesos de distinta naturaleza.

El canon de motivación reforzada es decisivo para revisar si el tribunal *a quo* ha valorado adecuadamente este interés a los efectos de un eventual recurso. Pues si en la decisión tomada, no ha respetado el interés del menor, o su protección es sólo aparente, puramente formalista o estereotipada, pero no motivada, es posible revisar dicha decisión. Recientemente, la Sala primera del TS ha decretado la nulidad de una sentencia precisamente por falta de motivación reforzada en la decisión sobre el mantenimiento de las visitas en un caso de violencia (STS 1695/2024 de 17 de diciembre) [24]. En otra ocasión, esa misma Sala, ha reconocido que, en cambio, "si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación" (STS 147/2022, de 23 de febrero).

3.3. La suspensión por graves circunstancias que así lo aconsejen: el antiguo artículo 94.1 CC

Como ya avanzamos, la posibilidad de suspender o limitar el régimen de visitas está legalmente prevista en el artículo 94 del CC. El precepto reconoce la facultad del juez de limitar restringir este derecho si concurren las causas que allí se enumeran. Causas que, en la actualidad, difieren de las establecidas en el texto original del artículo, al haberse añadido algunas específicas no contempladas inicialmente. La Ley 8/2021, modificó el contenido del artículo 94 CC, en lo concerniente a la suspensión y limitación del régimen de visitas, para incluir una referencia expresa a las situaciones de violencia.

Antes de su modificación por la Ley 8/2021, el artículo 94.1 del CC, disponía: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo

especialmente reforzado cuando se encuentre afectada la esfera personal y familiar de un niño o de una niña.

[24] Resumimos esta sentencia en la última parte del trabajo.

y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".

La norma sólo hacía referencia a "graves circunstancias", sin especificar cuáles son esas circunstancias, dejando en manos del juez su apreciación. Se trata de una norma abierta e inconcreta, que crea cierta inseguridad jurídica y que da lugar a interpretaciones diferentes por los tribunales [25]. Y que, en la práctica, se concretaba en aquellas circunstancias [26] que supusieran un riesgo para el menor, un peligro real y concreto para su salud física, psíquica y moral [27].

En cualquier caso, la apreciación por los tribunales de estas circunstancias se he venido haciendo con carácter restrictivo, sólo en la medida en que así lo aconseje el interés del menor y siempre que la limitación o suspensión de las visitas no le proporcione mayor perjuicio que el que se pretende evitar. Partiendo del beneficio del contacto lo más amplio posible con el progenitor, por ser esencial para el desarrollo y estabilidad emocional del menor, será siempre necesario un respaldo probatorio de las graves circunstancias y el riesgo para su salud [28].

Como circunstancias graves para justificar las restricciones los tribunales han considerado, entre otras, una posible adicción del progenitor (al alcohol, a las drogas o al juego, las más habituales) que perjudique al menor, que en muchas ocasiones son causa de limitación y en algunos casos más graves de suspensión de las visitas (SAP de Valencia (Sección 10ª) 567/2019 de 18 de septiembre). También el hecho de que el progenitor padezca una enfermedad contagiosa, grave o con una patología psíquica que afecte directamente a su capacidad para hacerse cargo del menor (SAP Barcelona (sección 12), 19 junio 2002). En ocasiones, la propia ausencia de relación con el progenitor, que provoca

[25] Francisco Rivero Hernández: *El derecho de visitas*. Barcelona, Bosch Editor, 1997, p. 320.

[26] Sobre la valoración por los tribunales de esas graves circunstancias que aconsejaban limitar o suspender el derecho de visitas, *vid*., Isabel de la Iglesia Monje: "Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 3423-3439.

[27] Como ha venido reconocido la jurisprudencia. *Vid*., por todas, la STS 720/2002, de 9 de julio.

[28] Paula Reyes Cano: "La vulneración…", *cit*., p. 257.

en el menor confusión y ansiedad en sus contactos (SAP de Madrid (Sección 22ª) 825/2019 de 7 de octubre). Y, entre las situaciones de especial gravedad, los casos de violencia contra los menores: lesiones, conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo. Por el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales "son graves circunstancias y justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas" (STS 903/2005, de 21 de noviembre).

4. LA VIOLENCIA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LAS VISITAS: EL VIGENTE ARTÍCULO 94 CC

La violencia intrafamiliar es, sin duda, uno de los motivos especialmente graves por el especial riesgo que supone para el menor. La conducta violenta ha sido considerada por los tribunales como particularmente lesiva para los intereses del hijo, pero solo cuando es el hijo el destinatario directo de esa violencia. Como norma general, los jueces han apreciado esta situación como una de esas graves circunstancias a las que se refiere el legislador en artículo 94 CC, que permiten suspender o limitar la relación. El derecho de visitas del progenitor, y el del propio menor a mantener el contacto con su progenitor, cede ante estos supuestos de violencia, claramente incompatibles con el bienestar del menor y su propia seguridad. La falta de mención por el legislador de la violencia no ha sido obstáculo para considerarla una circunstancia grave que permite la suspensión o la limitación de las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, cuando la violencia no se ejerce directamente contra el hijo, sino contra la madre. la actuación de los tribunales ha sido muy diferente. La ausencia de mención en la norma ha permitido a los jueces considerar la violencia de género como un factor no relevante en la concesión o denegación del régimen de visitas. Durante mucho tiempo, la tendencia habitual era entender que este tipo de violencia es compatible con el mantenimiento de la relación. Al no ser una violencia directa sobre la persona del menor, en escasas ocasiones era apreciada por el juez como una "grave circunstancia" para suspender el régimen de visitas. La decisión recaía en la autoridad judicial, que no estaba obligada a ello por una norma que ni siquiera contemplaba esta violencia como causa de suspensión. Y los tribunales raramente abogaban por ella, con el argumento de que el interés del menor, sobre el que no se había ejercicio violencia directa, justificaba el mantenimiento la relación con su progenitor. Ignorando así

los tremendos efectos que la violencia sobre sus madres produce en el menor, tanto en su bienestar y desarrollo, como por el peligro de que esa violencia sea finalmente ejercida sobre su persona, como instrumento para ejercer dominio sobre la madre (violencia vicaria).

En la actualidad, la situación ha cambiado notablemente. Por un lado, por la evidente evolución de los tribunales hacia posturas más sensibles frente a la violencia de género y sus importantes consecuencias sobre los menores; por otro y, sobre todo, por la modificación del artículo 94 CC, que ha incluido una mención expresa a la violencia de género como causa de restricción de las visitas, para limitar la discrecionalidad de los tribunales a la hora de decidir sobre esta cuestión.

En efecto, y como ya adelantamos, la Ley 8/2021, dio una nueva redacción al artículo 94 del CC que afectó, aunque no sólo [29], a la suspensión del régimen de visitas. Al respecto, se modificó levemente la norma general ya vigente, que ahora dispone: "la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial" (art. 94.3 CC).

Esta nueva versión conserva en esencia el texto anterior, estableciendo como criterio general que la autoridad judicial debe apreciar el incumplimiento de los deberes impuestos por la resolución judicial y la concurrencia de circunstancias que aconsejen esa restricción, con la diferencia de que se ha sustituido la expresión "graves circunstancias" por "circunstancias relevantes", lo que atenúa o suaviza la exigencia [30], pero incrementa aún más, si cabe, el grado de indeterminación [31].

---

[29] La reforma del artículo tuvo también como finalidad regular el régimen de visitas respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo.

[30] Esther Torrelles Torrea: "Hijos con discapacidad…", *cit*. p. 1400.

[31] En este sentido Juan Luis Ortega Calderón: ("La suspensión…", *cit*.), para quien la modificación del término "genera una elevada indefinición jurídica, sobre todo si tenemos en cuenta que tales circunstancias relevantes no pueden fundarse en la pendencia de un proceso penal pero tampoco en un incumplimiento grave o reiterado contemplado en el supuesto siguiente". "Si el término grave ya generaba dificultades en su aplicación práctica para reconducirlo a supuestos distintos a los del segundo supuesto facultativo…, calificar ahora como relevantes las circunstancias… genera mayores dificultades interpretativas".

Pero la novedad importante se produce con la inclusión de otras circunstancias específicas, entre ellas, las situaciones de violencia, no sólo contra el propio menor, sino, y por lo que aquí interesa, también contra la madre. Para ello se añadieron dos nuevos párrafos (4 y 5) al artículo 94 CC, que incorporan causas determinadas para suspender el régimen existente o para prohibir su establecimiento. Causas que, sin duda, son "circunstancias relevantes" que aconsejan su suspensión, por lo que podrían encajar en la general del artículo 94.3 CC. Pero el legislador ha considerado necesario incorporarlas como causas independientes y, sobre todo, como causas que de forma imperativa vinculan a la autoridad judicial.

En este sentido, el artículo 94.4 CC señala: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial"

El precepto prevé dos situaciones diferentes que originan las mismas consecuencias: la no fijación o la suspensión de las visitas. La primera de ellas exige un proceso penal abierto contra el progenitor por uno de los delitos allí enumerados. La segunda, que la autoridad judicial advierta indicios fundados de violencia doméstica o de género. Pero lo que sin duda llama la atención es el carácter imperativo de la redacción: "no procederá" el establecimiento de un régimen de visitas, frente al párrafo anterior que señala que la autoridad judicial "podrá" limitar o suspender este régimen. Sin embargo, a pesar del aparente automatismo, el mismo precepto deja margen a la discrecionalidad de los tribunales, porque en el siguiente inciso prevé una excepción que les permite establecer o mantener las visitas en interés del menor. Precisamente este eventual automatismo ha generado un incesante debate desde su entrada en vigor de la norma, al que nos referiremos más adelante.

El carácter imperativo de la suspensión también se prevé en el artículo 94.5 CC, que reza: "No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor que esté en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior". En este supuesto, la literalidad de su redacción no deja duda del automatismo, pues establece una regla más taxativa que la del párrafo anterior, que no admite valoración alguna por parte de la autoridad judicial. Y no contempla excepción a la regla.

No cabe duda que la reforma operada en el artículo 94 CC ha supuesto un importante avance en la protección de los menores en contextos de violencia de género [32]. Pero el camino ha sido arduo y no exento de dificultades. Ha habido una lenta evolución hasta el reconocimiento expreso de esta violencia como causa de suspensión o limitación de la relación del menor con el padre maltratador. Por su transcendencia, hacemos seguidamente un sucinto repaso por los hitos más destacados de esta evolución. En esta evolución, a nuestro juicio han sido factores decisivos: la sensibilización frente a la violencia de género, tanto de la sociedad en general, como de los operadores jurídicos en particular; el progresivo avance hacia la consideración del menor como víctima directa de la violencia de género y el incremento de la violencia vicaria ejercida sobre los menores.

5. VIOLENCIA DE GÉNERO Y RÉGIMEN DE VISITAS: ALGUNOS ASPECTOS DE SU EVOLUCIÓN

En España, el reconocimiento legal expreso de la posibilidad de suspensión del régimen de visitas del menor ya estaba previsto en la redacción original de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (LO1/2004). El artículo 66 señalaba: "El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes". Si bien, en la práctica judicial, esa suspensión fue más bien escasa, al no entenderse la violencia como un factor determinante, salvo que se ejerciera directamente sobre el hijo. Se justificaba

[32] Para un estudio detallado de esta evolución, *vid*. el interesante trabajo de María Teresa Picontó Novales: "Los derechos de los niños y niñas a vivir en un entorno familiar libre de Violencia de Género", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Nº 51, 2024, págs. 249-282

la decisión en la falsa creencia de que los menores no se ven afectados por la violencia de género y en la necesidad de mantener el contacto con la figura paterna, sin valorar la idoneidad del padre maltratador para ejercer como tal.

En los años sucesivos a la entrada en vigor de esta LO 1/2004, comienzan fuera de nuestras fronteras los primeros movimientos hacia el reconocimiento del menor como víctima directa de la violencia de género, asunto clave en esta materia. Así el Informe de *Save the Children* de 2006, sobre la *Atención a niños y niñas víctimas de violencia de género*, reclama el reconocimiento de los menores como víctimas directas e indirectas de los malos tratos sufridos por sus madres. Años más tarde, el Convenio del Consejo de Europa *sobre sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,* de 11 de mayo de 2011, conocido como *Convenio de Estambul*, reconoce la condición de víctimas a los menores que conviven con las mujeres que sufren esta violencia. Este Convenio impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas necesarias para que, en el momento de establecer los derechos de custodia y visitas de los hijos, se tenga en cuentan los actos de violencia que han sufrido sus madres y se tomen las "medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños" (art. 31).

La ratificación en España de este Convenio y su entrada en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2014, hizo necesario modificar la regulación sobre protección de menores y a tal fin se aprobó la *Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (LO 8/2015), que, como ya explicamos, estableció los criterios para facilitar la interpretación y aplicación del interés del menor entre los que destaca, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un ambiente familiar libre de violencia.

En el propio Preámbulo de la LO 8/2015, el legislador expone los efectos que la violencia de género provoca en el menor en cuanto violencia que, por un lado, le condiciona su bienestar y su desarrollo, causándoles serios problemas de salud; por otro, lo convierte en un instrumento para ejercer dominio sobre la mujer; y finalmente destaca que el contacto con esta violencia favorece su transmisión intergeneracional [33]. Por todo ello, reconoce que la exposición de los menores a esta forma

[33] «Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en

de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, "los convierte también en víctimas de la misma".

En consonancia con esta nueva consideración del menor como víctima de la violencia de género, la citada LO 8/2015 modifica algunos preceptos de la LO 1/2004, tanto para su reconocimiento de víctima directa (art. 1), como para introducir nuevas medidas de protección (art.66).

El artículo 1 de la LO 1/2004 se reforma para introducir el reconocimiento legal del menor como víctima de la violencia de género con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que también se ejerce sobre ellos. El nuevo texto reza: "Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia" (art. 1.2).

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación de una serie de medidas que deben ser implementadas para su protección, pues su doble condición de menor y víctima, los hace especialmente vulnerables. Medidas de protección y seguridad que afectan a los hijos que dependan de la mujer sobre la que se ejerce la violencia y que son compatibles con "cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales (art. 61 LO 1/2004). En particular, por lo que aquí interesa, se reforma el artículo 66 de la citada LO 1/2004 en este sentido: "El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo".

un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma" Preámbulo, apartado 4 LO 8/2015.

La norma supuso un importante avance en el reconocimiento de los menores como víctimas de la violencia y en la constatación legal de esta violencia como causa grave para restringir el derecho de visitas del padre maltratador. Sin embargo, continuó dejando en manos de la autoridad judicial la decisión, pues el nuevo texto dispone que el juez "podrá" ordenar la suspensión, manteniendo la misma expresión de la redacción anterior. Aunque incorpora la obligación del juez de pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerá este régimen en el caso de que no se suspenda, así como de adoptar "las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer", y de realizar "un seguimiento periódico de su evolución".

Esta evolución legal, siendo importante, resultó insuficiente y la protección de los hijos, insatisfactoria. La suspensión de las visitas seguía siendo de libre apreciación judicial y la tendencia en la práctica continuaba priorizando el mantenimiento de la relación con el padre. En algunas ocasiones, con limitaciones en la forma de llevarla a cabo, otras veces, sin ellas.

La práctica judicial consolidada de conservar el contacto, más o menos normalizado, entre los hijos y el progenitor maltratador, fue evolucionando hacia posturas más proteccionistas. Hay también una clara evolución jurisprudencial en la que los tribunales comienzan a interiorizar los efectos que tiene en los menores crecer en un entorno marcado por la violencia contra sus madres. En esta evolución es decisiva la STS 680/2015 de 26 de noviembre, en la que la Sala primera sienta doctrina y establece que "el juez o tribunal puede suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes" [34]. En la sentencia se subraya la importancia de garantizar la seguridad de los menores en situaciones de violencia, estableciendo con ello un importante precedente. Pero, aunque algunas sentencias posteriores continuaron esa línea restrictiva de la

[34] El TS, estimando el recurso de casación interpuesto por la madre, anula en su sentencia el régimen de visitas establecido a favor de un padre, que había sido condenado por maltrato a su expareja y a otra de sus hijas, con su hija menor; aun cuando las sentencias de instancia exigían que se desarrollara de forma tutelada en un Punto de Encuentro Familiar, y previo sometimiento a un programa terapéutico en el que se le tratase de su violento carácter.

relación, siguieron siendo mayoritarias las que optaban por la no la suspensión.

Así las cosas, y pese a las sucesivas reformas, el tendencia judicial continuó siendo que no puede privarse al padre del derecho de relacionarse con su hijo, por las consecuencias negativas en su desarrollo [35]. Esto plantea cuestionarse la necesidad o la oportunidad de limitar el margen de discrecionalidad de los jueces, estableciendo en la norma la suspensión de forma imperativa. Y es que la evolución legal y jurisprudencial de protección del menor no parece suficiente para proporcionarle un entorno familiar libre de violencia y garantizarle su propia seguridad.

La protección no es adecuada si no se valora correctamente el riesgo al que se enfrenta el menor con el establecimiento de un régimen de visitas con el progenitor agresor. Precisamente, el repunte de casos de violencia vicaria[36] ha dejado al descubierto la necesidad de continuar reforzando los sistemas de protección. Aunque el principal objetivo de esta violencia es la mujer, no los hijos, son éstos quienes la padecen en primera persona, al convertirse en el instrumento para perpetuar la violencia que el padre ejerce sobre aquélla. En este caso, no solo experimentan la violencia junto a su madre, sino que también son utilizados como un medio a para ejercerla contra ella[37].

El incremento de la violencia vicaria en los últimos años ha suscitado una creciente y justificada alarma social y ha servido para visibilizar los terribles efectos de la violencia de género en los hijos. Se ha constatado que existe un elevado riesgo de que la inicial violencia contra la madre derive después hacia los propios hijos, ocasionándoles, incluso, su propia muerte. En este contexto se justifica la necesidad de mejorar las medidas dirigidas a su protección, entre ellas, establecer el carácter imperativo la suspensión del régimen de visitas, limitando la discrecionalidad de los tribunales. En esta línea, se realizaron varios informes y recomendaciones desde distintos organismos. Entre otros, destaca las medidas propuestas en el *Pacto de*

[35] Teresa Picontó Novales: "Los derechos de los niños…", *cit*. p. 275.

[36] Sobre el drama de la violencia vicaria y la necesidad de llevar a cabo una adecuada y acertada valoración del riesgo, *vid*., Vicente Magro Servet: "*No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria*", Diario La Ley, Nº 10194, 22 de diciembre de 2022.

[37] Itziar Gómez Fernández: "Hijos e hijas víctimas de la violencia de género", *Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018.

Estado contra la Violencia de Género (2017) que proponen establecer con "carácter imperativo la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido, convivido con manifestaciones de violencia, así como prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia (medidas 145 y 146 del Eje 4)[38]. El Pacto de Estado prevé también impulsar las medidas previstas en el 66 de la LO 1/2004, que todavía mantenía el carácter facultativo de la decisión judicial, además de sustraer al juzgador toda capacidad de maniobra al respecto, de forma que la decisión se imponga como obligatoria si concurren los requisitos previstos[39].

Por otra parte, un *Informe del Defensor del Pueblo* de 2019 recomienda que se establezca, con carácter imperativo, la obligación de un pronunciamiento específico acerca de la suspensión cautelar provisional del régimen de visitas para el inculpado por violencia de género, siempre que exista una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de la madre.

Al año siguiente, un *Informe del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica* (2020), vuelve a insistir en la necesidad de "limitar el margen de discrecionalidad judicial en aquellas decisiones que tengan que ver con la custodia y los derechos de visita de los culpables de violencia ejercida en el ámbito de la pareja".

Finalmente, la limitación de la discrecionalidad vino de la mano de sucesivas iniciativas legislativas que modificaron algunas normas. Aunque en la actualidad, como explicaremos seguidamente, la autoridad judicial sigue conservando en la práctica un amplio margen de actuación a pesar de las reformas. La intervención del legislador se produjo con las siguientes normas:

Por un lado, la ya citada Ley 8/2021, que modificó el artículo 94 CC.

Por otro, la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (LO 8/2021), que reformó el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto el párrafo 3º del apartado 7º, según el cual,

[38] O medidas 204 y 205, si se trata del Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado, de 2019.

[39] Blanca Sillero Croveto: "Régimen de estancias…", *cit*. p. 1633

la autoridad judicial "*suspenderá* el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él", cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia. Si bien, al igual que el artículo 94 CC, le permite "no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial".

Esta LO 8/2021 reformó también el artículo de la LO 1/2004 para incluir la violencia vicaria como una de las manifestaciones de la violencia de género [40].

Por último, la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual* (LO 10/2022) modificó el artículo 66 de la LO 1/2004, para incluir también en este precepto la suspensión imperativa del régimen de visitas. Frente a la versión anterior en la que juez "podrá ordenar" la suspensión, la versión actual señala que el Juez "ordenará" la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si bien, como los otros preceptos modificados (los artículos 94 CC y 544 ter LECr), también permite que el juez no acuerde la suspensión en interés superior del menor.

De todo ello se concluye que, a pesar de las iniciativas del legislador para limitar la discrecionalidad judicial, en línea con las medidas propuestas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género y demás recomendaciones, las normas modificadas no predeterminan de forma automática la suspensión o limitación del régimen de visitas. Es la autoridad judicial la que finalmente decidirá la procedencia de esas restricciones. El margen de apreciación sigue presente, reconocido en las propias normas. Analizamos a continuación esta cuestión.

[40] En particular, introdujo el apartado 4 del artículo 1 de la LO 1/2004 que dispone: "La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero".

6. LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO: AUTOMATISMO LEGAL O DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

6.1. El polémico artículo 94.4 y 5 CC

Conforme al artículo 94, 4 y 5 CC, la violencia de género opera como causa para suspender o no establecer visitas o estancias del progenitor con el menor. De la letra de la norma se desprende que el efecto de la violencia sobre esas medidas puede producirse en tres momentos distintos: cuando el progenitor está incurso en un proceso penal iniciado por violencia de género; cuando el juez advierta que existen indicios fundados de esa violencia; y cuando el progenitor esté en prisión, provisional o por sentencia firme, también por un delito de violencia de género. Pero mientras en este último caso, la autoridad judicial no puede establecer nunca un régimen de visitas, en los dos anteriores, tiene potestad para hacerlo en interés del propio menor.

Es cierto que, en los tres casos, de la literalidad de la norma se deduce el carácter imperativo de la medida. En relación a los dos primeros, el párrafo 4 del artículo 94 CC señala, por un lado, que "no procederá" el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera "se suspenderá" respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por violencia; por otro lado, "tampoco procederá" cuando la autoridad judicial advierta de indicios fundados de violencia de género. En ambos supuestos, la contundencia de las expresiones "no procederá" se suspenderá", "tampoco procederá", avoca al automatismo de la suspensión. Pero el mismo precepto prevé una excepción al reconocer que, aunque concurran tales circunstancias, "la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia, en resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial". Excepción que, sin embargo, no opera para el tercer supuesto, en el que "no procederá en ningún caso" el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por un delito de violencia de género [41].

[41] Hay que tener presente que no es la situación de privación de libertad del progenitor la que justifica la prohibición, sino el tipo de delito que ha cometido:

Tras la reforma de 2021, el artículo 94 contempla tres tipos de causas de suspensión de las visitas en atención a la diferente gravedad y consecuencias.

Por un lado, las circunstancias "relevantes" y el incumplimiento de los deberes impuestos por la resolución judicial, que permiten, pero no obligan al juez, que "podrá" limitar o suspender el régimen establecido.

Por otra parte, la violencia intrafamiliar: el atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de sus miembros y, en particular, la violencia doméstica y de género. Circunstancias que, por su especial relevancia (o gravedad) desaconsejan la relación con el progenitor violento y para las que la norma prevé consecuencias más graves que en el primer supuesto. El juez no sólo "podrá" suspender las visitas, sino que deberá hacerlo puesto que, conforme a la norma "no procederá" el establecimiento de un régimen de visitas o "se suspenderá". Pero si respecto a estas circunstancias aún no hay condena, sino sólo se ha iniciado el proceso penal o existen indicios fundados de su existencia en el caso de la violencia doméstica o de género, el aparente automatismo cede ante la discrecionalidad del juez que puede decidir el mantenimiento de la relación en interés del menor. No así cuando el progenitor esté ya en prisión por alguno de esos hechos, aunque sea provisional.

En efecto, por último, la norma dispone que, si alguno de los delitos antes mencionados ha dado lugar a la privación de libertad del progenitor, sea prisión provisional o por sentencia firme, no procederá no ningún caso. La mayor gravedad estas circunstancias las colocan en un tercer nivel, que no admite excepción alguna al carácter imperativo de la suspensión o la prohibición de las visitas. Y esto no puede ser alterado ni siquiera por un interés superior del menor, por lo que se entiende que ese interés es que resulta protegido por la norma [42].

"atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos" y, en particular, violencia doméstica o de género". La prisión, por sí misma, no excluye el derecho de visitas, salvo que concurran otras circunstancias relevantes que así lo aconsejen (art. 94.3 CC). No olvidemos que la posibilidad de visitas del menor en caso de privación de libertad de los progenitores está expresamente prevista en el artículo 160.1 CC.

[42] Rafael Linares Noci: "Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar", en Lledó Yagüe y otros, *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad*. Madrid, Dykinson, 2022, p. 769.

Entendemos que, en este supuesto, el legislador presume que la protección del menor requiere siempre el alejamiento del progenitor.

La entrada en vigor de la norma no estuvo exenta de polémica, debido precisamente al automatismo de la suspensión del régimen de visitas, sustrayendo a la autoridad judicial el poder de decisión que hasta entonces había tenido. Para algunos autores ha sido una medida muy radical con la que el legislador pretende apartar al menor de forma tajante del progenitor del que presuntamente deriva la violencia, pero sin atender, en el caso concreto, cuál sea el interés superior del niño [43]. También una medida muy restrictiva que puede provocar la ruptura definitiva de la relación paterno filial por una interrupción prolongada de las visitas en función de la duración del proceso penal que, finalmente, puede ser absolutorio. Otros autores en cambio, valoraron positivamente la norma como un importante avance en la protección del menor frente a la violencia intra-familiar [44].

Una de las cuestiones que generado mayor controversia es el hecho de que la norma vincule la suspensión o la prohibición de las visitas el simple inicio del proceso penal y a los indicios fundados de violencia de género. En particular, por la dificultad tanto de interpretar la expresión: que el progenitor esté "incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida…"; como de precisar cuándo existen esos indicios de violencia advertidos por el juez de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas; y también de coordinar ambas reglas. Si se ha incoado el proceso penal, esto sería un importante indicio, pero en este caso estaríamos en el supuesto de la primera regla. La existencia y la propia complementariedad de las dos reglas plantea ciertas contradicciones ya advertidas por la doctrina [45]. Si no es necesario un proceso penal será suficiente que, en

[43] Manuel Garcia Mayo: "Interés superior…", *cit*.

[44] Por todos, M.ª Auxiliadora Diaz Vázquez ("La suspensión…", *cit*.), para quien esta reforma supone un gran avance legislativo, ya que establece la regla general de que los niños y niñas expuestos a la violencia, no deben presenciar, sufrir, ni convivir con la violencia ejercida por su padre, la cual no cesa con el dictado del auto de alejamiento si se establece un régimen de visitas.

[45] Sobre las contradicciones inherentes a las dos reglas y la necesidad de interpretarlas de forma sistemática y complementaria, *vid*. José Luis Ortega Calderón ("La suspensión…", *cit*.), para quien, tanto si existe como si no proceso penal, pero en todo caso existen indicios fundados de violencia en tales ámbitos, debe operar la regla prevista por el legislador. El autor señala al efecto que bastará, "cuando exista proceso penal por hechos ajenos a los que contempla

una demanda o una contestación a una demanda civil de separación o divorcio, o de medidas paterno filiales, se hagan alegaciones sobre la existencia de hechos que puedan ser constitutivos de un delito de violencia doméstica o de género y, a juicio de la autoridad, haya indicios suficientes sobre ello. Esto deja en manos del juez civil valorar si ha habido violencia (o más bien, si parece que la habido), con la grave consecuencia que ello tiene sobre el derecho de visitas, cuyo establecimiento quedará prohibido por la norma. Un simple indicio, aunque se "suficiente", pero sin las garantías de un proceso penal, apenas iniciado, puede derivar en la negación de las visitas o la suspensión automática de las que ya existieran. Lo que a su vez puede provocar una ruptura, a veces irreparable, en las relaciones paterno filiales [46].

Por otro lado, y en estrecha relación con lo anterior, la polémica viene también por el hecho de que la regla compromete la presunción de inocencia que asiste, en todo caso, al progenitor, pues tal y como está configurada, llevaría al juez a privarle del régimen de visitas y estancia por la mera pendencia de un proceso penal o la existencia de indicios fundados de violencia de género, sin valorar ningún otro criterio, ni esperar a la condena efectiva por ese delito. Algunos autores han señalado que el compromiso o el riesgo para el derecho de defensa y la presunción de inocencia es relevante [47], así como el hecho de que el legislador parece haber eludido por completo la presunción de inocencia, ya que exige la toma de medidas drásticas basándose en la incoación de un procedimiento o unos indicios, sin que se haya tomado ninguna decisión penal aún [48]. Otros autores, en cambio, defienden que no se vulnera el principio de presunción de inocencia porque la propia norma permite que finalmente

el precepto, pero en todo caso subsumibles en la violencia doméstica o de género, acudir a la regla segunda, siendo la propia existencia del proceso penal el mejor indicio fundado, para aplicar la regla de supresión prevista *ex lege*".

46 Como ya apunté en otro trabajo anterior, Nieves Martínez Rodríguez: "Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en Llamas Pombo, Martínez Rodríguez, Toral Lara (Dirs) *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacidad al pleno reconocimiento*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, p. 338

47 José Luis Ortega Calderón: "La suspensión…", *cit*.

48 Covadonga López Suárez: "Derechos de visita, comunicación y compañía: la onda expansiva de la ley 8/2021", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 17 bis, diciembre 2022, p. 241.

sea el juez quien decida en atención al interés del menor, al incluir la regla que excepciona el carácter automático de la suspensión [49].

Se ha cuestionado también que el carácter imperativo de la suspensión de las visitas sea realmente lo más adecuado para el interés del menor y su derecho a preservar las relaciones familiares. El legislador presume que, si se da alguna de estas situaciones, el interés del menor exige la ruptura de la relación. Pero alguna doctrina llama la atención sobre el hecho de que, si no se tienen en cuenta otras circunstancias, ni la propia gravedad de los hechos como criterio a valorar para decidir estas medidas, el propio interés del menor pudiera verse afectado [50]. Este interés precisa que el juez valore las circunstancias concretas de cada caso, por lo que lo que no se puede excluir la libre apreciación judicial ni reducir al máximo el grado de discrecionalidad, ni siquiera en los casos de violencia de género [51].

Al margen de toda controversia, lo cierto es que la norma contiene un mandato que prohíbe el establecimiento del régimen o la continuidad del que ya existiera si concurre alguna de esas circunstancias. Pero también lo es que, a pesar del pretendido automatismo, el juez puede optar por conceder o mantener la relación con el progenitor valorando las concretas circunstancias, de acuerdo con lo dispuesto el inciso tercero del mismo artículo 94.4 CC. Como ya adelantamos, esta norma dispone: "No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, estancia y comunicaciones en resolución motivada en el interés superior del menor… y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial". Regla que permite que los tribunales, a pesar de la prohibición general, pueden decidir establecer un régimen de visitas.

---

[49] Jesús Daniel Ayllón García: "Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Revista Boliviana de Derecho* Nº 34, julio 2022, p. 113. pp. 96-117.

[50] Así Manuel Garcia Mayo ("Interés superior…", *cit.*), para quien la regla general habría de haber sido, en cualquier caso, la necesidad de una resolución motivada en atención al interés superior del menor. También Covadonga López Suárez ("*Derechos de visita…" cit.* p. 241) considera que la manera en la que se han dispuesto los presupuestos para la suspensión y extinción de los derechos de visita no será capaz de lograr la protección de los menores, incluso "podría, interpretado de forma estricta, llegar a atentar contra el interés superior del menor".

[51] Pues, como se ha dicho señala, no todos son iguales y no se puede establecer una regla general Laura Álvarez Suárez: "El régimen de visitas: el confín entre el interés superior del menor y el derecho a mantener relaciones paterno filiales", *Cuadernos de Derecho de Familia*, mayo 2024, p. 24.

Esta regla es una excepción al automatismo de la inicial de prohibición o suspensión, como se deduce de su literalidad que señala como primera premisa esa prohibición ("no procederá") e introduce después la excepción mediante la expresión "no obstante" [52]. Y al ser una excepción, su aplicación requerirá la valoración y motivación, por parte de la autoridad judicial, de que el interés del menor exige el establecimiento o la no suspensión de las visitas. Así, en caso de violencia de género con un proceso penal iniciado o indicios fundados sobre su existencia, la regla general o inicial será la suspensión de las visitas, que deberá ser aplicada de forma automática, pero excepcionalmente, el juez puede decidir el mantenimiento de la relación en una resolución motivada en el interés superior del menor. La motivación es imprescindible cuando se trata de aplicar la excepción.

En consecuencia, a pesar de la aparente prohibición general, los tribunales pueden decidir el mantenimiento del contacto si el interés el menor así lo requiere. Y para apreciar ese interés deben valorar la relación paterno filial, como la propia norma señala, pero también circunstancias concurrentes. Entre esas circunstancias, que el legislador no menciona, a nuestro juicio son inexcusables: los propios deseos del hijo, al que hay que escuchar; la gravedad de los hechos violentos y, sobre todo, el riesgo que supone para el menor los contactos con el progenitor. La evaluación de ese riesgo es un elemento clave y central en la decisión sobre las relaciones. Será imprescindible hacer una valoración del riesgo adecuada para resolver motivadamente sobre la fijación de las visitas, no en vano la creciente preocupación por la violencia vicaria y la necesidad de prevenirla, ha sido uno de los motivos de la reforma [53].

A pesar de esta excepción que pone en duda el pretendido automatismo de la suspensión del régimen de visitas, la polémica que suscitó su aprobación llevó hasta el planteamiento de su propia constitucionalidad, con la consiguiente interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional.

---

[52] Carmen Villanueva Lupión: "La decisión judicial sobre el derecho de visitas cuando el progenitor está incurso en un proceso penal por violencia de género", en Jiménez Muñoz y otros (coord.) *Perspectivas actuales del Derecho de Familia: XVII Congreso Internacional IDADFE 2023*, 2024, p. 377 pp. 369-382

[53] En el mismo sentido, Vicente Magro Servet: "No matarás…", *cit*.

6.2. La interpretación constitucional del artículo 94.4 y 5 CC. La STC 106/2022

El Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma, alegada en un recurso de inconstitucionalidad presentado el mismo día de su entrada en vigor [54]. Lo hizo en la STC 106/2022, de 13 de septiembre de 2022, en la que declaró el texto de la norma ajustado a la Constitución.

Sin entrar en un análisis detallado del recurso, ni de la sentencia, sobre los que existen interesantes estudios a los que me remito [55], mencionamos algunas cuestiones puntuales como: los motivos del recurso, los aspectos claves de la sentencia y el voto particular a la misma.

El recurso presentado cuestiona la constitucionalidad del artículo 94.4 del CC en relación al carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas o su posible vulneración de algunos preceptos constitucionales, entre ellos, los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la CE. En particular el recurso plantea que la norma puede vulnerar el art. 117.3 CE, que declara que la potestad jurisdiccional de los tribunales, porque el potencial automatismo de la norma puede impedir de modo efectivo el mandato constitucional por el que deben ser los jueces quienes se pronuncien en estos supuestos valorando la opción más conveniente para los menores. Lo que lesiona también el mandato constitucional de velar por la protección de los menores del artículo 39 CE.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad negando el automatismo de la suspensión del régimen de visitas contenido en la norma. En la STC 106/2022 reconoce que el artículo 94.4 del Código Civil "no predetermina legalmente la privación del régimen de visita", sino que deja cierto margen de apreciación judicial, al permitirle decidir sobre la suspensión o no en función de

[54] Recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox contra los puntos 10 y 19 del artículo 2 de la Ley 8/2021, que son los preceptos que modifican, respectivamente, el art. 94 del CC y el artículo 156 CC.

[55] Vid., entre otros, Andres Marín Salmerón: "La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil", *Derecho Privado y Constitución*, 43, pp. 121-167; Gallardo Rodríguez, Almudena: "Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad de los arts. 94 y 156 CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 11, Nº. 1, 2023, pp. 287-290.

las circunstancias del caso [56]. Dispone al efecto que es "la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias y lo deberá hacer guiado por la finalidad de velar por el interés del menor". Descarta que exista vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) pues en el caso de que en caso de que la autoridad judicial decidiera suspender el régimen de visitas deberá siempre "hacerlo mediante una resolución motivada".

Por tanto, según esta interpretación, el art. 94.4 CC debe ser aplicado de modo automático por los tribunales y no determina legalmente la privación del régimen de visitas al progenitor, incluso cuando esté ya incurso en un proceso penal por violencia de género o haya indicios fundados de la misma. Recuerda el Tribunal que, cuando se trata del interés del menor, es fundamental evitar decisiones regladas, pues no todos los delitos tienen el mismo impacto sobre la relación paterno filial, por lo que es necesario considerar las circunstancias específicas que, en todo caso, deberá valorar el juez.

La intención del Tribunal Constitucional con esta interpretación era mitigar la aplicación automática de la norma y proporcionar a los órganos judiciales un criterio flexible en su aplicación que permita la continuidad de las relaciones con los progenitores con independencia de su situación procesal, siempre que sea lo más recomendable para salvaguardar el interés superior de los menores y se cumplan las cautelas que fije la autoridad judicial [57]. Pero lo cierto es que esta flexibilidad ya se recogía en la regulación anterior a la reforma que dejaba la decisión en manos de los jueces. Lo que no

[56] Señala la Sentencia que la norma "no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso". De este modo, el precepto impugnado, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, "faculta a la autoridad judicial para que pondere, entre otras, las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal".

[57] En este sentido, Iñaki Planas Dols: "El artículo 94.4 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2022, de 2 de junio y su constitucionalidad", *Diario La Ley*, Nº 14145, 6 octubre 2022.

deja de ser paradójico y un retroceso en el avance que supuso la vigente norma [58].

Todo ello lleva a plantearnos la efectividad real de la reforma, que con esta interpretación pudiera quedar vacía de contenido. Así lo han manifestado algunos de los magistrados firmantes de la sentencia. Pues la STC 106/2022 cuenta con un voto particular [59] de tres magistrados, que no se oponen al fallo (la constitucionalidad de la norma), pero sí a la argumentación empleada por la mayoría, en cuanto da un significado a la dicción literal de la citada norma que "se aparta que de toda lógica condicional que ignora la perspectiva de género y que limita el alcance normativo del art. 94, 4 CC". Y en este sentido hacen apreciaciones muy interesantes que procedemos a resumir:

Abogan por la reducción de los márgenes de apreciación judicial, así como por la imposición progresiva de medidas más restrictivas en las relaciones paterno filiales teniendo en cuenta la evolución normativa en materia de violencia de género.

Defienden que el interés de los menores exige priorizar su protección y seguridad frente a los actos de violencia sobre sus madres y no tanto el enfoque dado en la sentencia a este interés del menor, centrado principalmente en la preservación de las relaciones familiares.

Critican la ausencia de perspectiva de género en la interpretación constitucional y la falta de referencia expresa a violencia de género y a la violencia vicaria y el hecho de que se hayan ignorado las conexiones entre ambas.

Advierten del peligro de que la excepción se pueda convertir en regla con el argumento de que no puede privarse al menor de relacionarse con su padre por el peligro que tiene para su desarrollo.

Y, sobre todo, consideran que esta interpretación dada por el STC "neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico".

Reflexión que compartimos y que nos hace cuestionar, como los propios magistrados, si esto convierte a la norma en innecesaria porque realmente aporta poco o nada a la realidad anterior. Si se diluye el carácter imperativo de la suspensión o la no fijación del régimen

[58] En el mismo sentido Laura Alvarez Suarez, "El régimen de visitas…", *cit*., 35.

[59] Voto que formulan la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

de visitas y queda en manos de la autoridad judicial la decisión, ¿en qué difiere a la situación previa a la reforma? [60] El juez ya podía limitar o suspender el derecho de visita por esta violencia si consideraba que constituía una "grave circunstancia" que lo aconsejara. Decisión que quedaba a su discreción tras la valoración del caso. En ese punto, parece que la situación ha cambiado poco, más allá de señalar la violencia como causa concreta para la suspensión o no fijación de las visitas. Entonces, ¿por qué reformar una norma para reducir la discrecionalidad judicial para después dejarla sin contenido en la práctica?

6.3. Algunas sentencias posteriores

Para comprobar cómo la jurisprudencia se ha hecho eco de los argumentos del Tribunal Constitucional en la interpretación del artículo 94 CC, exponemos sucintamente algunas de las sentencias en las del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse tras la STC 106/2022. En general, el Tribunal Supremo valora y pondera el conjunto de circunstancias que rodean el caso para decidir respecto a la suspensión o no de las visitas en caso de violencia de género. Siempre teniendo en cuenta el interés del menor y recordando, en las propias sentencias, en línea con la interpretación constitucional, que el artículo 94,4 CC no priva automáticamente al progenitor del derecho de visitas.

De entre las sentencias mencionadas, algunas deciden la suspensión o el no establecimiento de las visitas, otras optan por el mantenimiento de la relación paterno filial. Pero en todas, el interés del menor es el criterio concluyente. Por ello la Sala valora, en cada caso concreto, las circunstancias concurrentes, que serán las que motiven la conveniencia de suspender o no las visitas. Circunstancias particulares que deberán ser cuidadosamente ponderadas para la preservación del interés superior del menor. Y no solo para fundamentar el

[60] Como expresa Manuel Garcia Mayo, Manuel ("Interés superior…", *cit.*), "parece que volvemos al punto de partida, en tanto que viene a decirnos que, en cualquier caso, no hay automatismo y que es el juez quien deberá valorar cuál es el interés superior del menor en el caso concreto" Y se plantea el autor si era necesaria esa reforma para terminar dándole esa interpretación. En el mismo sentido, Laura Álvarez Suárez "El régimen…", *cit.*, p. 36) se pregunta ¿por qué llevar a cabo un cambio legislativo tan drástico para luego anularlo?

mantenimiento de las visitas, que es la excepción legal, sino también para motivar la suspensión, a pesar de ser esta la regla general del artículo 94.4 CC. Pues siguiendo la interpretación constitucional, la norma no priva de automáticamente al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que atribuye la decisión a la autoridad judicial. Hasta el momento, el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina en las siguientes sentencias:

-La STS 129/2024, de 5 de febrero, acuerda la suspensión del régimen de visitas del padre en función del interés primordial de la menor. El Tribunal valora entras: la conducta violenta y agresiva del padre, que tiene un bajo control de impulsos; la existencia de episodios previos de violencia de género, con lesiones contra la madre; las mínimas habilidades del padre para la atención de la menor, así como la manifiesta vulnerabilidad de ésta, entre otras circunstancias. Todas ellas, a juicio del tribunal, no siendo circunstancias extrapolables a otros casos, sí son decisivas en este concreto proceso para entender que el interés superior de la menor no conlleva el mantenimiento de la relación con su progenitor.

La STS 915/2026, de 6 de junio, decreta también la suspensión del régimen de visitas del padre al entender que la comunicación entre éste y los hijos es contraria al interés y beneficio de los menores. La decisión la toma la Sala tras evaluar pormenorizadamente las circunstancias concurrentes para determinar que la suspensión es la medida más ajustada al interés superior de los menores, dejando sin efecto el régimen de llamadas, estancias y visitas tuteladas a favor del progenitor que había sido fijado por la Audiencia Provincial. En la valoración de los hechos, aprecia una situación de violencia de género cronificada: el padre ha sido condenado como autor de tres delitos de violencia de género y no se aprecian indicadores de evolución favorable del comportamiento, que responde a un patrón de conducta inasumible y perjudicial para sus hijos. Las causas que originaron la crisis familiar siguen latentes, enquistadas y no superadas, lo que perjudica el interés superior de los niños. La Sentencia concluye que la existencia de vínculos de descendencia no implica necesariamente que las visitas sean fijadas cuando se reputen contraproducentes para el desarrollo de la personalidad de los niños. En condiciones normales, los contactos entre padres e hijos son beneficiosos, pero no siempre tienen que serlo. Por todo ello, considera el Alto Tribunal que actualmente la comunicación entre padre e hijos es contraria al interés y beneficio de los menores.

La STS 980/2024, de 10 de julio, a diferencia de las anteriores, mantiene el régimen de visitas. Tras valorar las circunstancias concurrentes considera que, aunque existe en ese momento un proceso penal contra el padre, el interés del menor exige mantener las visitas en atención a que los hechos afirmados por la madre denunciante no trascienden del ámbito de las deterioradas relaciones personales entre los progenitores, sin que sean hechos generadores de una evaluación negativa al mantenimiento de la relación paterno filial.

La STS 1149/2024, de 18 de septiembre, también establece un derecho de visitas a favor del padre a pesar de haber existido un proceso de violencia de género con la correspondiente sentencia penal. Argumenta la Sala que cuando se produjeron los hechos la niña era un bebé y no tuvo constancia de ellos y por tanto no le pudieron causar repercusiones psicológicas en su desarrollo personal. Los episodios violentos no han vuelto a producirse por lo que se debe establecer un régimen de visitas progresivo que debe iniciarse con un periodo de adaptación a base de visitas cortas y muy frecuentes para que la niña, que aún no conoce al padre, se familiarice con él. Recuerda, en línea con el TC que el artículo 94 CC no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión. Y esa decisión dependerá de las concretas circunstancias que deberán ser cuidadosamente ponderadas, actuando siempre de la forma más conveniente y ajustada a la defensa y preservación del interés superior del menor.

Por último, la STS 1695/2024, de 17 de diciembre, suspende el régimen de visitas fijado por la Audiencia Provincial en el caso de un padre condenado por dos delitos de violencia de género. El TS entiende que el argumento de la Audiencia para permitir la relación, que no es otro que la previsible pérdida del vínculo si no se mantiene, no es en realidad una motivación que supera el canon de motivación reforzada que se exige, por el art. 94 CC, cuando está en juego el interés superior de los menores. No consta superado el contexto de violencia de género con la motivación aportada, no hay dictámenes de especialistas y, sobre todo, no se practicó la audiencia de los menores para recabar su opinión. Por el contrario, todavía parece latente el conflicto por las manifestaciones vejatorias hacia la madre que perjudican manifiestamente a los niños. La Sala decreta la nulidad de la sentencia recurrida por falta de la motivación reforzada requerido, con retroacción de las actuaciones para que el tribunal provincial proceda a dar a los menores la oportunidad de ser oídos, recabe informe de especialistas y dicte una nueva resolución motivada.

Mientras no se practican dichas actuaciones y se dicte nueva sentencia con la motivación reforzada que exige la ponderación de los intereses de los menores, la Sala suspende el régimen de visitas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Álvarez Suárez, Laura: "El régimen de visitas: el confín entre el interés superior del menor y el derecho a mantener relaciones paterno filiales", *Cuadernos de Derecho de Familia*, mayo 2024, pp. 23-36.

Ayllón García, Jesús Daniel: "Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Revista Boliviana de Derecho* Nº 34, julio 2022, pp. 96-117.

De La Iglesia Monje, Isabel: "Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 3423-3439.

Diaz Vázquez, M.ª Auxiliadora: "La suspensión de visitas ante la violencia de género y la perspectiva de género", *Práctica de Tribunales*, Nº 156, mayo-junio 2022.

Gallardo Rodríguez, Almudena: "Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad de los arts. 94 y 156 CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 11, Nº. 1, 2023, pp.. 287-290

García Mayo, Manuel: "Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio", *La Ley Derecho de Familia*, Nº. 40, 2023.

Gómez Fernández, Itziar: "Hijos e hijas víctimas de la violencia de género", *Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018.

Guilarte Martín-Calero, Cristina: "Comentario al artículo94 del Código Civil", en Guilarte Martín-Calero (dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 145-151.

Linares Noci, Rafael. "Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar", en LLEDÓ YAGÜE y otros (dir.) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad*. Madrid, Dykinson, 2022, p. 769, pp. 755-782

López Suárez, Covadonga: "Derechos de visita, comunicación y compañía: la onda expansiva de la ley 8/2021", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 17 bis, diciembre 2022, pp. 214-245

Magro Servet, Vicente: "No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria", *Diario La Ley*, Nº 10194, 22 de diciembre de 2022.

Marín Salmerón, Andrés: "La constitucionalidad de la suspensión del régimen de visitas previsto en el artículo 94.4 del Código Civil", *Derecho Privado y Constitución*, 43, pp. 121-167

Martínez Rodríguez, Nieves: "Discapacidad y Derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en Llamas Pombo, Martínez Rodríguez, Toral Lara (dirs.) El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacidad al pleno reconocimiento, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 303-368.

Muñoz Rodrigo, Gonzalo: "El régimen de visitas, comunicación y estancia», en Chaparro Matamoros, Muñoz Rodrigo, De Verda Y Beamonte (coords), *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 205-241.

Ordás Alonso, Marta. *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 71.

Ortega Calderón, José Luis: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", *Diario La Ley*, Nº 9892, 15 de Julio de 2021

Planas Dols, Iñaki: "El artículo 94.4 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2022, de 2 de junio y su constitucionalidad", *Diario La Ley*, Nº 14145, 6 de octubre de 2022.

Picontó Novales, Teresa, "Los derechos de los niños y niñas a vivir en un entorno libre de violencia de género" *Derechos y libertades*, nº 51, junio 2024, pp.

Pizarro Moreno, Eugenio: *El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2020

Rivero Hernández, Francisco: *El derecho de visitas*. Barcelona, Bosch Editor, 1997

Reyes Cano, Paula: "La vulneración de los derechos fundamentales de los menores en un contexto de violencia de género: una realidad a considerar en las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 112, 2018, pp. 245-289

Sillero Croveto, Blanca: "Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. Extra 16, 2, 202, pp. 1622-1651.

Torrelles Torrea, Esther. "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 791, 2022, pp. 1387-1441

Villanueva Lupión, Carmen: "La decisión judicial sobre el derecho de visitas cuando el progenitor está incurso en un proceso penal por violencia de género", en Jiménez Muñoz y otros (coord.) *Perspectivas actuales del Derecho de Familia: XVII Congreso Internacional IDADFE 2023*, 2024, pp. 369-382

DIREITO DE DISPOSIÇÃO DOS BENS A TÍTULO GRATUITO E DOAÇÕES INDIRETAS — TUTELA DOS DESIGNADOS LEGITIMÁRIOS EM VIDA DO DISPONENTE

Rita Lobo Xavier *[1]

Resumo: O texto parte da consideração de que o Direito é sempre regulação do aproveitamento de bens e do acesso a bens e de que toda a vulnerabilidade traduz alguma dificuldade no acesso a bens. A proteção de pessoas vulneráveis tem lugar também no âmbito do Direito sucessório. Num primeiro plano, apesar de as tendências e as propostas de reforma no Direito sucessório apontarem no sentido da limitação do sistema da legítima/reserva e do reforço da autonomia do disponente, esta não é absoluta e haverá que conciliar-se com exigências de solidariedade para com os familiares mais próximos do de cuius que tenham necessidades. Noutro plano, os objetivos de reforço da autonomia privada do disponente podem limitar o campo de atuação de institutos como a exceção da ordem pública internacional ou a redução das liberalidades inoficiosas, levando a que o direito de suceder nos bens do falecido, em determinados contextos, pressuponha a invocação de concretas necessidades.

Abstract : As all vulnerability reflects some difficulty in accessing goods, the protection of vulnerable people also takes place within the scope of Succession Law. This article emphasizes that although trends and reform proposals in Succession Law point towards limiting the system of forced heirship and strengthening the autonomy of the disposer, this is not absolute and must be reconciled with demands for solidarity with the closest family members of the deceased who have needs. It also highlights that the objectives of strengthening the private autonomy of the disposer may limit the scope of mechanisms such as the exception of international public order or the reduction of donations made by the deceased, leading to the right to inherit the deceased's assets, in certain contexts, presupposing the invocation of specific needs.

* Professora Catedrática. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, CEID-CRCFR, rxavier@ucp.pt, https://orcid.org/0000-0002-1025-3672

Sumário: 1. Vulnerabilidades no acesso a bens e aos direitos sobre bens: o plano das limitações à autonomia do disponente no âmbito do Direito sucessório **2.** Tendências das reformas no Direito sucessório e solidariedade com os familiares mais próximos **3.** Os designados legitimários como vulneráveis e a invocação da exceção da ordem pública internacional no contexto do Regulamento Europeu das Sucessões **4.** Os designados legitimários como vulneráveis e tentativas de proteção da legítima em vida do disponente **5.** Os designados legitimários como vulneráveis e as medidas de acompanhamento de maiores **6.** Conclusão.

Key Words: Succession Law — forced heirship — autonomy of the disposer

1. VULNERABILIDADES NO ACESSO A BENS E AOS DIREITOS SOBRE BENS: O PLANO DAS LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DO DISPONENTE NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A questão que me propus tratar neste Congresso parece destoar das demais incluídas num vasto programa subordinado ao tema geral "Vulnerabilidade e a Família: Que respostas no século XXI?". Os diferentes problemas que constam do elenco previsto para estes dias remetem-nos para seres humanos em circunstâncias tão particulares que as situações existenciais em que as pessoas se encontram permitem-nos designá-las e até agrupá-las por características comuns derivadas da idade, do género, das incapacidades, das carências, da doença, do abandono… Subsistem situações «clássicas", como as dos órfãos e as das viúvas, em que se cruzam e multiplicam circunstâncias associadas a distintas vulnerabilidades. Em Portugal, por exemplo, os números indicam que as pessoas que vivem sós são sobretudo mulheres, viúvas, idosas e pobres … [1]

[1] A conclusão retira-se a partir dos dados do Censos 2021 Resultados Definitivos Portugal, INE, Lisboa, 2022. Análise do Censos 2021 — XVI Recenseamento Geral da População, XVI Recenseamento Geral da Habitação: «A análise do estado civil por sexo evidencia algumas diferenças entre homens e mulheres: os homens têm uma maior representatividade no estado civil de solteiro e no de casado, enquanto as mulheres estão mais representadas no estado civil de viúvo. Neste último estado civil a proporção de mulheres é de 11, 7%, enquanto a de homens é de apenas 3%» (p. 26). Em síntese, as pessoas que vivem sós em Portugal são sobretudo idosos (facto que se prende com o envelhecimento da população); mulheres, a maior parte viúvas (situação que se explica pela maior longevidade das mulheres), sem exercer atividade económica, nomeadamente reformadas, residentes nas regiões do interior do continente (regiões mais envelhecidas).

A pergunta que se impõe é: o que faz o tema que vou abordar num Congresso sobre "Vulnerabilidade e a Família"?

A oportunidade do tema que trago justifica-se, muito simplesmente, na perspetiva de que o Direito é sempre regulação do aproveitamento de bens e do acesso a bens. Como escrevia Orlando de Carvalho, em 1977, «[t]odo o Direito é um "direito dos bens" (tomando bem numa ampla aceção de modo a abranger tudo aquilo que serve ou interessa ao ser humano e tudo aquilo por que ele disputa numa sociedade ainda a menos evoluída — incluindo os bens pessoais e culturais e o amor, a glória, o poder…» [2].

Se é certo que a fragilidade é inerente a qualquer ser humano, também poderei afirmar que toda a vulnerabilidade traduz alguma dificuldade no acesso a bens e que circunstâncias existenciais diferentes geram distinções entre os que têm acesso aos bens e aqueles que não têm.

Esta abordagem parte do Direito sucessório enquanto sistema normativo que regula a aquisição *mortis causa* do património da pessoa falecida, a título de liberalidade [3]. Neste âmbito, surge a questão de saber se a autonomia privada do titular do património deve admitir-se de modo ilimitado, ou se a ordem jurídica deve impor-lhe restrições com vista à proteção de pessoas vulneráveis, concretamente, os seus familiares mais próximos com necessidades.

2. TENDÊNCIAS NAS REFORMAS NO DIREITO SUCESSÓRIO E SOLIDARIEDADE COM OS FAMILIARES MAIS PRÓXIMOS

O Direito sucessório português tem o seu fundamento no art. 62.º da CRP, concretamente no direito fundamental de propriedade privada e à sua transmissão em vida e por morte. A sucessão legitimária, não tem assento direito na Constituição, pelo que procura encontrar-se-lhe algum fundamento numa ideia de solidariedade familiar e de subsidiariedade em relação ao suporte social do Estado (art. 67.º CRP) [4].

---

2 *Direito das Coisas*, polic. Coimbra, 1977, p. 12.

3 Luís Carvalho Fernandes, *Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012; Rita Lobo Xavier, *Manual de Direito das Sucessões*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2026, p. 26.

4 Rita Lobo Xavier, *Manual de Direito das Sucessões*, cit., p. 30, *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*,

Compreende-se que os direitos fundamentais estejam no centro do debate sobre as reformas do Direito das Sucessões nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo a autonomia privada do disponente o ponto de partida, mesmo para aqueles que, como o português, preveem legítima(s)/ reserva(s) [5]. A autonomia privada não é, porém, sustentada em termos absolutos e justificam-se restrições à

Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 25, e «Para quando a renovação do Direito sucessório português?» in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Sequeira, Elsa Vaz e Sá, Fernando Oliveira (coord.) Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017 (593-614), p. 98. Neste sentido, igualmente, Cura Mariano, «A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade» in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, Coimbra, 2019 (745-769), p. 762. Cura Mariano afirma a urgência de uma renovação do Direito sucessório na perspetiva de que um sistema com a finalidade de promover a solidariedade familiar nos moldes tradicionais pode não superar um controle de constitucionalidade do ponto de vista da proporcionalidade, ou seja, quanto à questão de saber se o regime, enquanto medida restritiva de direito fundamental, se adequa aos fins visados (ob. cit. p. 769).

[5] A este propósito, Nicolo Lipari salienta que, se for realmente verdadeiro o postulado fundamental segundo o qual a chave de leitura de todo o edifício sucessório assenta na propriedade e na família, a evolução que ambos os institutos sofreram por força das alterações no âmbito dos direitos fundamentais haveria forçosamente que ter repercussões na disciplina sucessória, pelo menos no plano interpretativo ("Prospettive della Libertà di Dispozione Ereditaria in Libertà di Disporre e Pianificazione Ereditaria", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017 (7-16), pp. 8-9). Sobre o ponto, cfr. Cristina Araújo Dias, "A proteção sucessória da família — notas críticas em torno da sucessão legitimária" in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016 (433-463) e "Direito Sucessório e Autonomia, Liberdade de disposição de bens e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e da sucessão contratual" in Xavier, Rita Lobo, Silva, Nuno Sousa e, Rosas, Marta, (Ed.) *Estate, Succession and Autonomy — New Assets and New Trends*, UCP Press, Lisboa, 2024 (226-250); J. P. Remédio Marques, *Direito das Sucessões, Estudos*, Gestlegal, 2023, p. 145; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 177-180 e 386; Daniel Morais, *Direito das Sucessões e Direito da Família, Eternas questões, respostas atuais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 141; Rute Teixeira Pedro, "Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art.º 1700.º, nº 1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 78, n. º1-2 2018 (415-454), p. 417; Rita Lobo Xavier, «Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português» in CORDEIRO, António Menezes et al (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Edições Almedina, Coimbra, 2016 (351-372) e «Para quando a renovação do Direito sucessório português?», cit.

autonomia privada em face de situações de «necessidade» dos familiares mais próximos.

Nos sistemas que mantêm legítimas/reservas o fundamento ético-jurídico invocado costuma ser a solidariedade para com os familiares mais próximos, havendo quem defenda que deva exigir-se ainda o merecimento ou a necessidade efetiva do designado/chamado, para além do simples vínculo familiar (formal) [6].

Faço notar que a ideia da vulnerabilidade é esgrimida tanto pelos defensores da autonomia privada como pelos que pretendem preservar o sistema da legítima. Pelos primeiros, como argumento para justificar que deve ser reconhecida total liberdade ao titular do património para dispor do seu património em vida, por exemplo, para beneficiar um dos seus descendentes carecido de maior apoio. Pelos outros, para sustentar que quem tem familiares próximos, *maxime* descendentes e cônjuge, não pode dispor da totalidade do seu património a seu bel prazer, e deixando-os em situação de necessidade.

Quanto ao funcionamento do instituto da redução das liberalidades inoficiosas, imprescindível nos sistemas de legítima/reserva, tanto os designados legitimários prejudicados como os donatários adquirentes podem ser apontados como "vulneráveis". Importa ultrapassar a perspetiva maniqueísta simplificadora que considera os designados legitimários como únicos prejudicados e merecedores de tutela, ignorando a posição de fragilidade em que muitas vezes se encontram os beneficiários donatários após a morte do doador, em virtude da procedência de ações de redução de liberalidades inoficiosas que, em Portugal, podem incidir sobre atos praticados durante toda a vida do disponente.

Os debates sobre o sistema de legítima em França e na Alemanha decorrem à luz da tutela dos direitos fundamentais. Na Alemanha, ultimamente, têm aumentado as vozes que pedem urgente reforma para o Direito sucessório. A questão de saber se a legítima dos descendentes é tutelada pela Constituição está de novo em discussão, sustentando-se que o pano de fundo de uma reforma no Direito sucessório deve ser a liberdade de testar garantida constitucionalmente, podendo o modelo da legítima ser substituído por outro com determinadas caraterísticas básicas assentes na solidariedade para com os familiares mais próximos [7]. A verificação de que a legítima constitui

[6] Rita Lobo Xavier, *Manual de Direito das Sucessões*, cit. p. 50.

[7] «O nosso direito já não é o dos romanos, e o que para eles era um "*testamentum inofficiosum*" não tem de o ser para nós; em particular, ao contrário dos

uma restrição considerável à liberdade de testar, não claramente legitimada pela Constituição, leva muitos autores a apresentar um modelo alternativo de proteção dos familiares mais próximos do *de cuius*, baseado na ideia de que estes apenas merecem ser protegidos nos casos em que o falecido estava obrigado a prestar-lhes alimentos [8].

Em França, a polémica sobre a legítima dos descendentes foi reavivada, tendo havido uma alteração ao *Code Civil,* no sentido de a proteger, que ressuscitou um antigo instituto anteriormente revogado por inconformidade com a Constituição [9]. A sucessão transnacional e a questão da privação da reserva hereditária por via da *professio iuris* que determine a aplicação de uma lei estrangeira que a desconheça e o potencial discriminatório associado, em oposição com os princípios «*de la République*», trouxeram a oportunidade para a construção de uma forma de «excecionalismo nacionalista», pretexto para reacender o debate sobre a própria existência da reserva [10]. Esta reforma é muito criticada sobre vários aspetos, sobretudo porque a interpretação maioritária e moderada do Regulamento Europeu das

romanos, reconhecemos hoje a obrigação de alimentos (e um direito de suceder) mesmo aos filhos «ilegítimos» (e, no futuro, possivelmente, viremos a conceder tais direitos a parceiros não vinculados pelo casamento). Cabe-nos, agora a nós, estabelecer as normas de comportamento a que um cidadão responsável deve aderir como mínimo ético, como deve tratar os seus, aqueles que "lhe pertencem", de acordo com as normas sociais e com a visão social desta época. A este propósito, aplicar-se-á a máxima: "O testador sabe melhor" (Reinhard Zimmermann "»So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, …« Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung", "«But if any provide nor for his own, and specially for those of his own house» — On the Protection of Relatives from Disinheritance" in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), Vol. 222, No. 1, (3-55) February 2022, p. 45 (a tradução é minha).

8 Cfr. Reinhard Zimmermann *et al*, *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, p. 6-18. Subjacente a esta proposta está o critério da necessidade e o modelo baseia-se, por conseguinte, numa suposta "hereditabilidade passiva" dos créditos alimentares.

9 Paul Lagarde, «Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire» in Revue *critique de droit international privé*, 2021 (291-295). Sobre a questão, cfr. Rita Lobo Xavier, «Reintegração da legítima de descendente dela privado por força da lei aplicável a sucessão internacional por meio de bens incluídos na herança situados em França — como os irredutíveis gauleses resistem ao Regulamento Europeu das Sucessões», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais* — Ano LXIII (XXXVI da 2.a Série) Nº 1-4, Almedina, janeiro — dezembro, 2022 (79-94).

10 Horatia Muir Watt, Dominique Bureau, Sabine Corneloup, *Devoir de réserve? Rev. crit. DIP* 2021 (287-289), p. 288.

Sucessões [11] sobre a questão da reserva hereditária é a de que uma lei estrangeira que ignore tal reserva não é *a priori* contrária à ordem pública, antes, como se verá de seguida, apenas deverá ser afastada quando a sua aplicação concreta tenha um resultado inaceitável (por exemplo, deixe sem recursos descendentes menores do falecido) [12].

No Brasil, o processo legislativo respeitante à reforma do Direito das Sucessões, já muito adiantado, integra propostas de excluir da sucessão (por indignidade) aqueles que tiverem deixado de prestar assistência material ou incorrido em abandono afetivo voluntário e injustificado relativamente ao autor da sucessão. No que respeita à sucessão legitimária, propõe-se a exclusão do cônjuge ou do membro da união estável como herdeiro necessário quando o regime de bens for o da separação de bens [13].

3. OS DESIGNADOS LEGITIMÁRIOS COMO VULNERÁVEIS E A INVOCAÇÃO DA EXCEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL NO CONTEXTO DO REGULAMENTO EUROPEU DAS SUCESSÕES

A questão da solidariedade para com os familiares mais próximos do *de cuius*, designadamente, os seus descendentes, surge no

[11] Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (aplicável às sucessões abertas a partir em 17/08/2015 ou após essa data nos termos do art. 83, n.º 1).

[12] Paul Lagarde, ob. cit. p. 295. Assim, também, entre nós, Rui Moura Ramos, "Sucessão legitimária e ordem pública internacional" in Xavier, Rita Lobo, Silva, Nuno Sousa e, Rosas, Marta, (Ed.) *Estate. Succession and Autonomy — New Assets and New Trends*, UCP Press, Lisboa, 2024 (176-194), pp. 189-190. Sobre o tema, cfr. Rita Lobo Xavier, "Planeamento sucessório e famílias globais — Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório" in XXII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL 22st WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS OPORTO, 2022, 2023 (561-578), pp. 567-568.

[13] Em 31 de janeiro de 2025, o Senado Federal publicou o Projeto de Lei (PL) n.º 4/2025 que visa introduzir mudanças significativas no Código Civil brasileiro, prevendo quase 900 modificações e a inclusão de 300 novas disposições. As propostas em discussão visam sobretudo atualizar o Código Civil brasileiro em face das transformações sociais recentes, abrangendo aspetos como o da sucessão dos bens digitais, a sucessão de participações sociais e a vocação sucessória de filhos gerados *post mortem* por meio de técnicas de PMA.

GESTLEGAL

contexto do Regulamento Europeu das Sucessões já mencionado, a propósito da invocação da exceção da ordem pública internacional para evitar a aplicação da lei sucessória escolhida pelo testador.

A lei designada nos termos do Regulamento rege toda a sucessão (art. 23.º). De acordo com o mesmo Regulamento, o testador pode escolher a sua lei pessoal como lei aplicável à sua sucessão (*professio iuris*) (art. 21.º, n. º1) [14]. "A aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro" (art. 35.º).

O recurso a ordem pública só se justifica, porém, se estiver em causa uma reação aos efeitos intoleráveis que a aplicação de uma lei estrangeira provoca em concreto (isto é, perante as concepções de justiça dominantes e pela sua aplicação a um determinado caso concreto). Não pode justificar-se o recurso a esta exceção perante uma generalidade de casos e/ou perante todos os institutos de uma lei estrangeira [15]. Por outro lado, para que tal possa acontecer, é necessário que esteja em causa a ofensa de valores jurídicos absolutamente fundamentais, por exemplo, se um determinado sistema jurídico estrangeiro reconhecer formas qualificadas de negação da dignidade da pessoa humana, como seria a admissão da escravatura. Em tal caso, poderia aceitar-se que a natureza e o estatuto dos bens jurídicos ofendidos pelas normas justificassem a total negação *in foro*, mediante a exceção da ordem pública, dos efeitos das normas que configurassem tal situação [16].

A principal doutrina portuguesa entende que o desconhecimento da legítima por parte de um sistema jurídico estrangeiro, devido à forma como nesse sistema se reconhece o principio da plena liberdade de dispor do património, não deve ser visto como constituindo uma violação da ordem pública internacional [17]. Eventualmente, poderá fundar a invocação da ordem pública internacional o controlo

[14] Em termos literais, esta possibilidade está prevista "para a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito", fazendo surgir a questão de saber se o testador pode escolher legislação regional.

[15] Rui Moura Ramos, «STJ — Acórdão de 16 de Maio de 2018 (Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional» in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 149.º (janeiro-fevereiro 2019), n.º 4020 (210-247), pp. 228-240.

[16] Cfr. Autor e ob. cit.

[17] Cfr. Autor e ob. cit.

a posteriori das consequências da aplicação *in casu* do regime da lei estrangeira aplicável (e da sua desconformidade com os princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica do foro). Não pode é ficar-se por um mero cotejo abstrato de normas para determinar uma simples oposição abstrata entre o regime da lei estrangeira aplicável e o existente na ordem jurídica do foro. A exceção da ordem pública poderá ser utilizada neste contexto, de acordo com a sua natureza e função, por exemplo, em situações em que descendentes menores do *de cuius* sejam deixados sem qualquer proteção por não existir nenhum mecanismo na *lex successionis* que permita asegurar-lhes um mínimo de subsistência e esta lei admita a plena liberdade de testar que foi exercida pelo falecido, beneficiando terceiros [18]. A recusa da aplicação da lei estrangeira justificar-se-á, não porque se considere que a legítima é um instituto de ordem pública do sistema sucessório portugués, mas sim porque não se pode proteger mais a liberdade de testar do que a própria subsistencia dos descendentes dos *de cuius*, menores ou com necessidades alimentícias [19].

4. OS DESIGNADOS LEGITIMÁRIOS COMO VULNERÁVEIS E TENTATIVAS DE PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA EM VIDA DO DISPONENTE

A vulnerabilidade dos designados legitimários manifesta-se sobretudo pela dificuldade em agir em vida do disponente em face de liberalidades que poderão prejudicar a sua legítima, sobretudo quando estão em causa liberalidades que ocorrem no contexto das chamadas "doações indiretas" [20]. Vêm muito a propósito dois Acórdãos recentes

[18] Não se trata de um automatismo, opera respeitando a "interpretação estrita" e dentro da excecionalidade que o Tribunal de Justiça recordou no Acórdão Krombach, pelo que não se vê como se possa negar a possibilidade de admitir o funcionamento desta cláusula neste contexto (Moura Ramos, "Sucessão legitimária e ordem pública internacional", cit.).

[19] Moura Ramos, ob. loc. cit.

[20] A questão liga-se com o famoso problema do "negócio indireto", sendo marcante em Portugal a corrente doutrinal que sustenta a desnecessidade e irrelevância do conceito inclusivamente para o caso das "doações indiretas", domínio em que este enquadramento tem, em meu entender, particular interesse. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos* III, Almedina, 2012, pp. 53-54 considera inútil, no direito contratual, a categoria de "doações indiretas",

GESTLEGAL

proferidos sobre a mesma questão controvertida: o Acórdão de 11.05.2023 do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc. n.º: 24746/16.2T8LSB.L1-6) e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.07.2024 (Proc. n.º 24746/16.2T8LSB.L1.S1) [21].

A situação em litígio era a seguinte: tratava-se de uma senhora, mãe de quatro filhas, que era proprietária de dois imóveis, e um deles, o imóvel A, alegadamente era mais valioso do que outro (o imóvel B). A mãe celebrou com uma sua irmã, solteira e sem descendentes, um contrato denominado "de permuta e doação de imóveis", através do qual, primeiramente, transferiu a propriedade do imóvel A para a esfera jurídica daquela irmã, tendo-lhe esta transferido, em troca, o imóvel B; sequencialmente, esta irmã procedeu à doação do referido imóvel A a duas das suas sobrinhas. Mais tarde, a mãe arrependeu-se e uma das filhas não beneficiadas pela doação feita pela tia propôs uma ação contra a mãe e as irmãs, invocando que a operação anterior de "permuta e doação de imóveis" teve lugar em prejuízo da agora autora e de modo a alcançar a finalidade de afastar a aplicabilidade das normas imperativas relativas à sucessão legitimária e, por isso, tais negócios seriam nulos, por fraude à lei, devendo o imóvel A ser restituído. A ação foi julgada improcedente, mas, tendo havido recurso, o Acórdão do TRL revogou a decisão recorrida e, com a procedência da ação, declarou a nulidade do contrato de

entendendo, em geral, que sendo subjacente à operação em causa um espírito da liberalidade se deverá reconduzir à doação, sem mais, mas não rejeitando, contudo, que possa ter utilidade no âmbito do Direito sucessório. Sobre a relevância da "doação indireta" no Direito sucessório, frequentemente resultado de as partes terem celebrado um negócio oneroso efetivamente querido ("negócio-meio") tendo subjacente outro ato ou um fim com *animus donandi* ("negócio-fim"), devendo aplicar-se a tal negócio o regime correspondente ao resultado final pretendido pelas partes, cfr. Rita Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões,* Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 84-94. Sobre o negócio indireto é clássico e fundamental o estudo de Orlando de Carvalho, "Negócio jurídico indirecto (Teoria geral)", *Escritos, Páginas de Direito*, Almedina, Coimbra, 1988.

[21] Fonte: www.dgsi.pt. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa revogou a sentença, tendo ulteriormente o Supremo Tribunal de Justiça revogado aquele acórdão e confirmado a sentença. Em comentário a ambos os arestos, louvei a decisão do Supremo Tribunal de Justiça ("Um enquadramento impossível: as liberalidades inoficiosas como negócios "em fraude à lei", texto em curso de publicação nos *Estudos em Homenagem ao Senhor Prof. Doutor Pedro Romano Martinez*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

permuta e doação, por fraude à lei, não produzindo qualquer efeito e, em consequência, determinou o cancelamento dos registos efetuados com base no mesmo, relativamente aos prédios nela identificados. Interposto recurso, o Supremo Tribunal de Justiça revogou o acórdão e, por efeito da repristinação da sentença da primeira instância e da improcedência da ação, absolveu as rés dos pedidos. Tal como na sentença, considerou-se que uma doação inoficiosa não é, como tal, nula ou anulável, pelo que nunca poderia afirmar-se que os negócios em causa tenham sido celebrados com vista à prossecução de um resultado proibido pela lei e que, nessa medida, pudessem ser inválidos com fundamento em «fraude à lei».

Com efeito, em vida do autor da sucessão, os sucessíveis legitimários têm apenas uma mera expetativa jurídica de virem a suceder, uma vez que apenas adquirem o direito de suceder com o chamamento. Tal expetativa jurídica é difusa e decorre do direito de redução por inoficiosidade que só se torna efetivo após a morte do autor da sucessão e que protege os herdeiros legitimários de liberalidades excessivas que aquele tenha feito.

No entanto, se vier a verificar-se que uma doação feita em vida pelo autor da sucessão viola o direito do legitimário à quota indisponível, tal doação não é, como tal, ilícita ou inválida. Se após a abertura da sucessão se verificar um conflito entre o legitimário e o donatário sobre a liberalidade feita em vida, esse conflito é resolvido pela lei em termos de prevalência do direito do legitimário sobre o direito do donatário [22].

5. OS DESIGNADOS LEGITIMÁRIOS COMO VULNERÁVEIS E AS MEDIDAS DE ACOMPANHAMENTO DE MAIORES

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto procedeu a uma profunda alteração do regime das incapacidades do maior [23]. O atual regime do

[22] Cfr. os artigos 2168.º e ss. do CC. Sobre o ponto, aliás, pacífico na doutrina, cfr., por todos, Oliveira Ascensão, *Direito das Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 359-360, 387 e 389; Rita Lobo Xavier, *Manual de Direito das Sucessões*, cit. pp. 229-230.

[23] Os objetivos consensualizados da reforma do regime das incapacidades, centrados na primazia da autonomia do visado e da subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade cfr. António Menezes Cordeiro, "Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um

acompanhamento de maiores "visa unicamente assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres (art. 140.º) [24]. A lei limita-se agora a indicar o pressuposto fundamental da medida de acompanhamento, não referindo, como no regime anterior, situações de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, situações essas que ficam agora englobadas nas «razões de saúde» a indagar e valorar pelo tribunal [25]:"*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" (*art.º 138º do CC) [26]. Deixou assim de ser relevante a concreta causa da impossibilidade que atinge a pessoa de exercer os seus direitos ou cumprir os seus deveres [27].

O atual regime funda-se na consideração da autonomia e liberdade da pessoa até ao limite do possível — sendo inerente à pessoa a liberdade de correr algum risco na condução da própria vida -, na sua participação e inclusão plena e efetiva na sociedade, na ausência de qualquer estigma e discriminação e no acompanhamento flexível, tudo orientado pela dignidade de pessoa humana e sempre no sentido de "proteger sem incapacitar" [28].

---

novo regime das denominadas incapacidades dos maiores", *Revista de Direito Civil*, Coimbra, Ano 3, n. 3, 2018 (473-544), pp. 541-542; António Pinto Monteiro, "Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018, *Revista de Ciências Jurídicas — Pensar*, v. 24, n.º 2, abr./jun. 2019; António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil Comentado*, I, *Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 390 e 399. Mafalda Miranda Barbosa, Maiores Acompanhados — Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2008, de 14 de Agosto, Gestlegal, Coimbra, 2018; Mafalda Miranda Barbosa, "Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores" in AA. VV., *O novo regime do maior acompanhado*, CEJ, e-book, 2019.

[24] António Agostinho Guedes e Marta Monterroso Rosas, "Comentário ao art. 138.º" in Fernandes, Luís Carvalho e Proença, José Brandão (coord.), *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed. Lisboa, 2023, p. 343.

[25] António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil Comentado*, I, cit., anotação ao art. 138.º.

[26] As medidas de acompanhamento estão previstas no art.º 145 do CC.

[27] Autores, ob. e loc. cit.

[28] No entanto, parece haver alguma contradição entre o novo paradigma que se pretendeu consagrar e a arquitetura e a conceptualização legal que o corporizam (Relatório junto ao Parecer n.º 100/CNECV/2017, p. 13).

Na versão originária do CC 1966, o regime das incapacidades previa uma causa de inabilitação de natureza patrimonial, a "habitual prodigalidade". Neste momento levantam-se dúvidas sobre se as situações que podiam constituir fundamento para a inabilitação por habitual prodigalidade podem justificar alguma medida de acompanhamento. As situações que eram anteriormente enquadráveis pelo conceito de "prodigalidade" deverão agora constituir razões comportamentais e dever-lhes-á corresponder sobretudo uma medida de "acompanhamento na formação da vontade" e, mesmo assim, apenas na medida do estritamente necessário e proporcional à luz do exclusivo interesse pessoal do maior acompanhado. As razões comportamentais podem abranger o alcoolismo, a toxicodependência ou a dependência de jogos ou a prodigalidade [29].

De todo o modo, pode dizer-se que, na versão originária do Código Civil de 1966, a inabilitação por "habitual prodigalidade" já corresponderia, no fundo a situações de natureza comportamental [30].

É muito duvidoso que a prática de atos de liberalidade possa constituir, por si só, um comportamento que indicie a impossibilidade de

[29] Cfr. António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil Comentado*, I, anotação ao art. 138.º. Cfr. o relatório que antecede o parecer nº 100/CNECV/2017, pp. 9-10, onde se admite poderem constituir razões comportamentais que justifiquem aplicação de medidas de comportamento "situações que anteriormente seriam suscetíveis de determinar a inabilitação da pessoa, como seria o caso da "habitual prodigalidade", dos comportamentos aditivos …ou do jogo patológico".

[30] O art. 340.º do Código Civil de 1867 dispunha que as pessoas maiores ou emancipadas que, por sua habitual prodigalidade, se mostrem incapazes de administrar os seus bens, poderão ser interditas da administração dos ditos bens, sendo casadas ou existindo herdeiros legitimários. O instituto funcionava, assim, em defesa do cônjuge ou dos herdeiros do pródigo. No CC de 1966, tal aspeto desapareceu (artigo 152.º): a inabilitação por prodigalidade passou a operar, em primeira linha, em defesa do próprio e, só, reflexamente, no interesse dos herdeiros e familiares do pródigo. O facto de no CC de 1966 já não se exigir que o pródigo fosse casado ou tivesse herdeiros legitimários revela que a proteção passou a visar primeiramente os interesses do próprio (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 4.ª ed., 1987, anotação ao art. 152.º, n.º 2). Nessa medida, a prodigalidade resultaria não — ou não apenas — de despesas elevadas em relação aos rendimentos, mas de despesas injustificadas e reprováveis, que pusessem em causa o capital ou os bens de que provinham os rendimentos (António Menezes Cordeiro, ("Da situação jurídica do maior acompanhado…", p. 158). António Menezes Cordeiro sustentava que a inabilitação dos pródigos deveria operar perante efetivas anomalias de comportamento, e não, apenas, em face de maus negócios (ob. cit. p. 492).

GESTLEGAL

o maior exercer os seus direitos ou de cumprir os seus deveres, justificando o decretamento de medidas de acompanhamento (art. 138.º). Os descendentes designados legitimários que pretendam reagir em vida do seu ascendente contra atos gratuitos de disposição por ele praticados têm legitimidade para requerer medidas de acompanhamento no sentido de impedir a delapidação do seu património, com fundamento em que este, por razões comportamentais, está impossibilitado de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos de livre disposição e administração de bens [31]. Nos termos do n.º 1 do art. 141 do CC, o acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público, podendo, no entanto, a autorização do beneficiário ser suprida pelo tribunal quando, "em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível" (n.º 2). Na medida em que "proteger" é, também, deixar espaço a alguma desproteção e em que no acompanhamento de maiores está em causa a proteção do próprio, será difícil que os designados legitimários logrem que seja aplicada uma medida de acompanhamento apenas porque aleguem e provem a realização de liberalidades sem estar associada a razões comportamentais.

6. CONCLUSÃO

A proteção de pessoas vulneráveis tem lugar também no âmbito do Direito sucessório. Num primeiro plano, apesar de as tendências

[31] Mafalda Miranda Barbosa defendeu que, com o atual regime se poderá, realmente, obter medidas de acompanhamento do maior em algumas "hipóteses clássicas de prodigalidade" ("Maiores acompanhados…", cit., p. 58). Esta autora faz, aliás, referência a um conhecido Acórdão do STJ, de 29 de abril de 2003, em que se decidiu que "perante um enorme *deficit* cultural, fruto do anterior *modus vivendi* (pastorícia e amanho da terra, de manhã à noite) paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos, não estavam reunidas as condições legais para a inabilitação" (p. 14, nota 4) e depois dá tal situação como exemplo de um dos casos em que, face à atual lei, a pessoa em causa deveria poder ser beneficiária de medida de acompanhamento por estar em causa o comportamento generalizado do sujeito na sua vida de onde resultaria a impossibilidade de se autodeterminar livremente (p. 58).

e as propostas de reforma no Direito sucessório apontarem no sentido da limitação do sistema da legítima/reserva e do reforço da autonomia do disponente, esta não é absoluta e haverá que conciliar-se com exigências de solidariedade para com os familiares mais próximos do *de cuius* que tenham necessidades. Noutro plano, os objetivos de reforço da autonomia privada do disponente podem limitar o campo de atuação de institutos como a exceção da ordem pública internacional ou a redução das liberalidades inoficiosas, levando a que o direito de suceder nos bens do falecido, em determinados contextos, pressuponha a invocação de concretas necessidades.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos III*, Almedina, Coimbra, 2012.

Ascensão, José de Oliveira, *Direito das Sucessões*, *5ª* Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

Barbosa, Mafalda Miranda, "Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores", in AA. VV. *O novo regime do maior acompanhado*, *Ebook CEJ*, Lisboa, 2019.

Barbosa, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados — Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2008*, de 14 de Agosto, Gestlegal, Coimbra, 2018.

Carvalho, Orlando de, "Negócio jurídico indirecto (Teoria geral)", Escritos, Páginas de Direito, Almedina, Coimbra, 1988.

Carvalho, Orlando de, *Direito das Coisas*, polic. Coimbra, 1977.

Cordeiro, António Menezes, "Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores", *Revista de Direito Civil*, Coimbra, Ano 3, n. 3, 2018 (473-544).

Cordeiro, António Menezes, (coord.), *Código Civil Comentado*, I, *Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2020.

Dias, Cristina Araújo, "A proteção sucessória da família — notas críticas em torno da sucessão legitimária" in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016 (433-463).

Dias, Cristina Araújo, "Direito Sucessório e Autonomia, Liberdade de disposição de bens e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e da sucessão contratual" in XAVIER, Rita Lobo, Silva, Nuno Sousa e, Rosas, Marta, (Ed.) *Estate. Succession and Autonomy — New Assets and New Trends*, UCP Press, Lisboa, 2024 (226-250).

Fernandes, Luís Carvalho, *Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012.

Guedes, António Agostinho e Rosas, Marta Monterroso, Comentário ao art. 138.º *in* Fernandes, Luís Carvalho e Proença, José Brandão (coord.), *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed. Lisboa, 2023.

Hörster, Heinrich Ewald e Silva, Eva Moreira da, *A parte geral do código civil português,* 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2024.

Lagarde, Paul, "Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire" in *Revue Critique de Droit International Privé*, avril-juin n. º2, 2021 (291-295).

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3.ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

LIPARI, Nicolo, "Prospettive della Libertà di Dispozione Ereditaria" in *Libertà di Disporre e Pianificazione Ereditaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

MARIANO, João Cura, "A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade" in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, Coimbra, 2019 (745-769).

MARQUES, J. P. Remédio, *Direito das Sucessões, Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2023.

MONTEIRO, António Pinto, "Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018, *Revista de Ciências Jurídicas — Pensar*, v. 24, n.º 2, abr./jun. 2019.

MORAIS, Daniel, *Direito das Sucessões e Direito da Família, Eternas questões, respostas atuais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2023.

PEDRO, Rute Teixeira — "Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artº 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 78, n. º1-2 2018 (415-454).

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

PINTENS, Walter «Did Substantive National Succession Laws have an Impact on the EU Succession Regulation? » in SHERPE and BARGELLI (eds) *The Interaction Between Family Law, Succession Law and Private International Law — Adapting to Change*, Intersentia, 2021 (123- 137).

RAMOS, Rui Moura, «STJ — Acórdão de 16 de Maio de 2018 (Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional» in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 149.º (janeiro-fevereiro 2019), n.º 4020 (210-247).

RAMOS, Rui Moura, "Sucessão legitimária e ordem pública internacional" in Xavier, Rita Lobo, Silva, Nuno Sousa e, Rosas, Marta, (Ed.) *Estate. Succession and Autonomy — New Assets and New Trends*, UCP Press, Lisboa, 2024 (176-194).

RASS-MASSON, Lukas «The Impact of European Private International Law and the *réserve héréditaire* in France» in SHERPE and BARGELLI (eds) *The Interaction Between Family Law, Succession Law and Private International Law — Adapting to Change*, Intersentia, 2021 (195-211).

WATT, Horatia Muir Bureau, Dominique, Corneloup, Sabine, «Devoir de réserve?» in *Revue Critique DIP*, 2/2021 (287-289).

XAVIER, Rita Lobo, *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Universidade Católica Editora, Porto, 2016.

——, «Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português» in Cordeiro, António Menezes *et al* (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Edições Almedina, Coimbra, 2016 (351-372).

——, «Para quando a renovação do Direito sucessório português?» in SEQUEIRA, Elsa Vaz e SÁ, Fernando Oliveira (coord.) Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017 (593-614).

——, *Manual de Direito das Sucessões*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2026.

——, «Reintegração da legítima de descendente dela privado por força da lei aplicável a sucessão internacional por meio de bens incluídos na herança situados em França — como os irredutíveis gauleses resistem ao Regulamento Europeu das Sucessões», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais* — Ano LXIII (XXXVI da 2.ª Série) Nº 1-4, Almedina, Janeiro — Dezembro, 2022 (79-94).

——,"Planeamento sucessório e famílias globais — Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório" in XXII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL 22st WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS OPORTO, 2022, 2023 (561-578).

Zimmermann, Reinhard, „So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, … "»So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, …« Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung" ("«But if any provide nor for his own, and specially for those of his own house» — On the Protection of Relatives from Disinheritance") in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), Vol. 222, No. 1, pp. 3-55, February 2022.

Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=404908

Zimmermann, Reinhard, Bauer, Franz; Bialluch, Martin; Humm, Andreas; Klapdor, Lisa-Kristin; Köhler, Ben; Schmidt, Jan Peter; Scholz, Philipp; Wiedemann, Denise. *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

PARECERES DO CNECV

Parecer n.º 100/CNECV/2018 sobre o Estatuto do Maior Acompanhado (relatores Conselheiro Jorge Costa Santos e Conselheira Rita Lobo Xavier).

Parecer n.º 102/CNECV/2018, sobre a proposta de Lei n.º 110/XIII/3.ª (GOV) — "Estabelece o regime do maior acompanhado em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação" (relatores Conselheiro Jorge Costa Santos e Conselheira Rita Lobo Xavier).

A AVERIGUAÇÃO OFICIOSA E OS *(DES)ENCONTROS* NO CÓDIGO CIVIL E NO REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CÍVEL (LEI N.º 141/2015, DE 8 DE SETEMBRO)

THE EX OFFICIO INVESTIGATION OF PATERNITY/MATERNITY AND THE (MIS)ALIGNMENTS BETWEEN THE CIVIL CODE AND THE LAW NO 141/2015, OF SEPTEMBER 8TH

Rossana Martingo Cruz *

Resumo: A averiguação oficiosa — da maternidade e da paternidade — é votada a alguma desatenção, uma vez que nem sempre é aprofundadamente abordada na doutrina; não suscita grande circunspeção na jurisprudência (até porque, pela sua natureza, não é — amiudadamente — suscetível de atenção, em sede recurso, pelos tribunais superiores); e, como aqui veremos, não beneficia de um tratamento esmerado por parte do legislador.
O presente texto procura evidenciar algumas incoerências que afetam este instituto, especialmente ao comparar o seu regime no Código Civil com a regulamentação prevista no Regime Geral do Processo Tutelar Cível. A análise pretende realçar as divergências existentes entre as normas que regem a averiguação oficiosa e refletir sobre a desconsideração que essas discrepâncias parecem indiciar. Além da visão crítica, apresentaremos considerações sobre a relevância da averiguação oficiosa, sublinhando o seu papel na salvaguarda dos direitos da criança e na promoção da verdade biológica e jurídica. Deste modo, defendemos a necessidade de uma maior atenção legislativa para assegurar um regime jurídico mais coeso e eficiente nesta matéria.

Palavras-chave: averiguação oficiosa; filiação; paternidade; maternidade; perfilhação; declaração maternidade

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora Integrada no *JusGov* — Centro de Investigação em Justiça e Governação; Campus de Gualtar, 4710-057, Braga, Portugal; email: rmartingocruz@direito.uminho.pt; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5444-9132

Abstract: The *ex officio* investigation of maternity and paternity receives little attention, as it is not widely addressed by legal doctrine; it does not always attract significant attention in jurisprudence (partly because, by its nature, it is not frequently subject to review by higher courts); and, as we shall see, it does not benefit from careful treatment by the legislator.
This text seeks to highlight certain inconsistencies affecting this legal mechanism, particularly by comparing its framework in the Civil Code with the regulations set out in the Law no 141/2015, of September 8th. The analysis aims to emphasize the discrepancies between the rules governing this official investigation and to reflect on the neglect these inconsistencies seem to suggest. Beyond a critical perspective, we will present considerations on the importance of the *ex officio* investigation, stressing its role in safeguarding children's rights and promoting biological and legal truth. Thus, we argue for greater legislative attention to ensure a more cohesive and effective legal framework in this matter.

Keywords: *ex officio* investigation; filiation; parentage; maternity; paternity

Sumário: 1. Nota inicial; **2.** A instrução e a decisão nos processo de averiguação oficiosa; **3.** A instauração de ação de investigação, pelo Ministério Público, uma vez ultrapassado o prazo da averiguação oficiosa; **4.** O termo de perfilhação e a declaração de maternidade; **5.** Nota final; Bibliografia citada

1. NOTA INICIAL [1]

Atualmente, a averiguação oficiosa não reúne muita atenção por parte da doutrina, da jurisprudência e — especialmente — do legislador. Ora, é justamente o objetivo deste singelo texto demonstrar alguma incúria ou desalinho que tem ocorrido nas normas relativas à averiguação oficiosa, quando comparamos o seu regime no Código Civil e a sua regulamentação no Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Para melhor percebermos o alcance das apreciações críticas que se seguem, faremos algumas considerações sobre a averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade.

2. A INSTRUÇÃO E A DECISÃO NOS PROCESSO DE AVERIGUAÇÃO OFICIOSA

Sem nos adensarmos sobre cogitações teóricas e enquadramentos históricos sobre a averiguação oficiosa, iremos diretamente às

[1] O presente texto corresponde a uma brevíssima sistematização de algumas considerações já vertidas nas nossas anotações aos artigos 60.º, 62.º e 64.º na obra *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado* (coord. Cristina Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz), Coimbra, Almedina, reimp., 2024, pp. 482 e ss..

problemáticas que nos interessam escalpelizar, começando já por incidir o nosso olhar na averiguação oficiosa de maternidade.

Sempre que o registo de nascimento seja omisso quanto à maternidade, deve o funcionário do registo civil remeter para o tribunal certidão integral do registo. Só não ocorrerá esta remessa se, existindo perfilhação, o conservador verificar que o perfilhante e a pretensa mãe são parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral ou tenham decorrido mais de dois anos sobre o nascimento (arts. 1808.º e 1809.º do Código Civil C e arts. 115.º e 116.º do Código do Registo Civil). Na sequência do envio da certidão integral do registo será aberto um processo de averiguação oficiosa da maternidade no tribunal competente. A instrução do processo terá um carácter secreto (art. 1812.º do Código Civil) e caberá a um magistrado do Ministério Público. Se a pretensa mãe confirmar a maternidade, será lavrado termo e remetida certidão para averbamento no assento de nascimento do filho (art. 1808.º, n.º 3 do Código Civil e art. 117.º do Código do Registo Civil), ou seja, a maternidade será estabelecida por declaração de maternidade.

De acordo com o n.º 4 daquele art. 1808.º do Código Civil, se a maternidade não for confirmada, mas o tribunal concluir pela existência de provas seguras de que a ação de investigação é viável, ordenará a remessa ao agente do Ministério Público competente para intentar a ação. Ora, logo aqui compreendemos que o Código Civil não foi atualizado face ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível (adiante RGPTC), uma vez que ainda refere uma 'judicialização' neste n.º 4.º do art. 1865.º (bem como no n.º 5). Judicialização esta que o RGPTC veio agilizar, pois atendendo ao art. 62.º, n.º 1, do mesmo diploma — que estabelece que cabe ao Ministério Público emitir decisão sobre a inviabilidade da ação de investigação ou, concluindo pela viabilidade, propor a ação de investigação — parece existir uma revogação tácita destes n.ºs 4 e 5 [2].

Também assim o parece demonstrar o art. 17.º, n.º 2, do RGPTC ao dispor que compete ao Ministério Público não só instruir, mas também decidir os processos de averiguação oficiosa. Porquanto,

[2] Neste sentido, Tomé d'Almeida Ramião, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível — Anotado e Comentado*, 4.ª edição, Quid Juris, 2020, p. 248 e Ana Raquel Pessoa, *Código Civil Anotado*, Livro IV (coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020, p. 826.

o objetivo do legislador terá sido o de 'desjudicializar' estes processos, atribuindo ao Ministério Público a direção e decisão nestes casos.

Nessa medida, se a pretensa mãe não confirmar a maternidade, mas o Ministério Público tiver indícios suficientes daquela maternidade, considerando a mesma viável, avançará para uma ação de investigação de maternidade. Nos termos do disposto no art. 1815.º do Código Civil não será possível promover o estabelecimento judicial da maternidade contra uma pretensa mãe quando, no registo de nascimento, conste outra pessoa como mãe. Todavia, nestes casos, este obstáculo não se verifica uma vez que estamos perante situações de omissão de maternidade no registo.

Nesta ação de investigação dever-se-á alegar e provar que aquele filho nasceu daquela pretensa mãe (art. 1816.º, n.º 1 do Código Civil). A prova destes factos pode ser feita por qualquer meio. Contudo, o art. 1816.º, n.º 2 elenca duas presunções: a) quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público (posse de estado); b) quando exista carta ou outro escrito com conteúdo declarativo e inequívoco da maternidade. As referidas presunções são ilidíveis — n.º 3 do mesmo artigo. A ação de investigação deve ser proposta contra a pretensa mãe, nos termos do art. 1819.º do mesmo diploma e, caso esta tenha falecido, contra as pessoas referidas no n.º 1, na sua falta será nomeado curador especial; havendo herdeiros ou legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência desta ação, devem aqueles ser demandados para que a ação lhes possa ser oponível — n.º 2 daquele art. 1819.º do Código Civil (sendo esta uma exceção ao princípio da indivisibilidade do estado de filho, relevando o estabelecimento da maternidade para efeitos pessoais/familiares, mas não para efeitos sucessórios [3]).

Quando o Ministério Público conclui pela existência de provas seguras de que o filho nasceu ou foi concebido na constância do casamento da pretensa mãe, a ação que deve lançar mão será a prevista

[3] Sobre o princípio da indivisibilidade consultar, designadamente, Cristina Dias, "Estabelecimento da avoenga e da bisavoenga — Admissibilidade da analogia do estabelecimento da filiação? — Ac. do TRP de 26.6.2017, P. 5829/16.5T8PRT. P1" in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 59, Julho-Setembro 2017, p. 57 e Jorge Duarte Pinheiro, "Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, nº. 1, do Código Civil — Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº. 23/2006, de 10.1.2006", in *Cadernos de Direito Privado,* n.º15, Julho-Setembro, 2006, pp. 48-52.

no art. 1822.º do Código Civil (cfr. art. 1810.º). A ação de investigação de maternidade reveste-se de um carácter especial quando se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe (e também se o filho tiver sido perfilhado por pessoa diferente do marido da mãe). Neste caso, deve ser demandado também o marido e, se existir perfilhação, o perfilhante — art. 1822., n.º 1 do Código Civil; e, ainda, pode ser impugnada a presunção de paternidade do marido da mãe — art. 1823.º, n.º 1 do Código Civil. Não o sendo, prevalecerá a presunção de paternidade — n.º 2 do mesmo artigo.

Atentemos agora na averiguação oficiosa da paternidade.

Tal como sucede na maternidade, sempre que seja lavrado um registo de nascimento sem paternidade estabelecida, deve o conservador do registo civil remeter ao tribunal certidão integral do registo, para que se proceda à averiguação oficiosa da identidade do pai (art. 1864.º do Código Civil e art. 121.º do Código do Rregisto Civil). Recebida a certidão pelo tribunal, iniciar-se-á a instrução do processo de averiguação oficiosa de paternidade, que terá carácter secreto (art. 1812.º, *ex* vi art. 1868.º, ambos do Código Civil). O tribunal ouvirá a mãe, sempre que possível, acerca da paternidade que atribui ao filho. Havendo indicação de uma possível paternidade, o indivíduo designado será confrontado com a possibilidade de ser o progenitor verdadeiro. Se o pretenso progenitor confirmar a paternidade, estaremos perante um reconhecimento voluntário da paternidade e será lavrado termo de perfilhação (art. 1865.º, n.º 3 do Código Civil). Isto é, se o pai indicado assumir o estatuto correspondente, será feita uma perfilhação, sob a forma de termo lavrado em juízo (art. 1853.º, alínea d) e art. 64.º do RGPTC). Se, por outro lado, o pretenso pai não confirmar a progenitura e o Ministério Público estiver convencido da sua paternidade (através de provas científicas ou outras), terá de averiguar a viabilidade da ação de investigação de paternidade (art. 1865.º, n.º 4, interpretado conjugadamente com art. 62.º do RGPTC, que o revogou tacitamente). Tal como já referido supra, nos termos do art. 62.º, n.º 1, do RGPTC cabe agora ao Ministério Público emitir decisão sobre a (in)viabilidade da ação de investigação. Caso conclua que a ação é viável (por ter indícios suficientes daquela paternidade), deve propor a ação. Em caso de decisão de inviabilidade é admissível a reapreciação hierárquica (nos termos previstos no art. 63.º do RGPTC).

Existem situações em que a averiguação oficiosa da paternidade não será admitida: caso de filhos *incestuosos* — art. 1866.º,

alínea a) do Código Civil (nem sequer havendo lugar a remessa da certidão pela conservatória — 121.º, n.º 3, do Código do Registo Civil), ou se já tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento — art. 1866.º, alínea b).

Ainda, tal como previsto no art. 20.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, relativa à Procriação Medicamente Assitida (PMA), se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, lavra-se o registo apenas com o registo desta, sem necessidade de averiguação oficiosa. Tal prende-se com a possibilidade, admitida desde a redação dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, de mulheres sozinhas poderem recorrer a estas técnicas (art. 6.º, n.º 1 da referida Lei de PMA) [4].

Se, na sequência da averiguação oficiosa, o pretenso pai confirmar a progenitura, será feito um reconhecimento voluntário da paternidade (perfilhação); se não confirmar — mas existirem indícios fortes daquela progenitura — o Ministério Público avançará para uma ação de investigação de paternidade. A averiguação oficiosa "[c]*orresponde a um mecanismo de proteção e promoção da esfera jurídica e de interesses do menor, considerado em perigo pelo facto de a respetiva progenitura ser oficialmente desconhecida. Na razão legal está a consideração de que estes menores se encontram em situação de especial (e superior) vulnerabilidade, pois que, não beneficiam de filiação juridicamente atendível* (...)" [5].

Perante as averiguações oficiosas de maternidade e/ou paternidade, ao Ministério Público parece caber apurar indícios da verdade biológica, seguindo um critério biologista para a decisão de viabilidade das ações de investigação eventualmente subsequentes. "*O MP não tem o direito de apreciar a oportunidade ou conveniência do estabelecimento da filiação — só tem de avaliar se os elementos reunidos parecem garantir a prova do vínculo biológico.*" [6]

---

[4] "*Este poderá ser considerado o terceiro caso em que a averiguação oficiosa não será admitida.*" Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 434.

[5] Inês Sítima Craveiro, *Código Civil Anotado*, Livro IV, (coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020, p. 645. Ainda, a propósito do intuito deste instituto: "(...) *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.*" Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Lisboa, Petrony, 2019, p. 145.

[6] Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família, ob. cit.*, p. 431.

Por sua vez, o Ministério Público já deverá atender ao critério do superior interesse da criança quando estiver a agir em representação daquela, nos termos dos arts. 17.º, n.º 2 e artigo 62.º, n.º 2, do RGPTC.

Nos termos do disposto no art. 60.º, n.º 1, do RGPTC, a instrução dos processos de averiguação oficiosa incumbe ao Ministério Público. Também, no mesmo sentido, o art. 17.º, n.º 2, do mesmo diploma, estabelece que compete especialmente ao Ministério Público instruir e decidir os processos de averiguação oficiosa.

Note-se que a averiguação oficiosa da maternidade e/ou paternidade, bem como as ações de investigação de maternidade e/ou paternidade, não revestem caráter de prejudicialidade face ao processo de adoção (art. 38.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Processo de Adoção — Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro). Já a aplicação de medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção suspende o processo de averiguação oficiosa da maternidade e paternidade (art. 38.º, n.º 2 daquele Regime Jurídico do Processo de Adoção). Sem prejuízo, serão ultimados os atos de instrução já ordenados e a prova produzida poderá vir a ser aproveitada em ação de investigação da maternidade ou paternidade, sendo sempre salvaguardado o segredo inerente ao processo de adoção (n.ºs 3 e 4).

Conforme supra mencionado, o art. 60.º, n.º 2, do RGPTC refere que são reduzidos a escrito os depoimentos dos pais e presumidos progenitores e as provas que concorram para o "esclarecimento do tribunal". Atendendo à desjudicialização que o legislador quis operar nesta matéria, devemos interpretar 'tribunal' em sentido amplo, uma vez que a instrução do processo e decisão de viabilidade cabe agora ao Ministério Público.

O RGPTC já poderia ter aproveitado a oportunidade para retificar algumas destas disposições em conformidade com o novo paradigma. Aliás, o Conselho Superior do Ministério Público, no seu parecer sobre os Projetos de lei n.º 327/XIII, 345/XIII e 353/XIII (projetos que resultaram na Lei n.º 24/2017, 24-05, que aditou, *inter alia*, os artigos 24.º-A e 44.º- A ao RGPTC), alertou para a necessidade de outras alterações/retificações, designadamente: "*A assinalada desjudicialização deverá ainda ser afirmada e clarificada face ao conteúdo do n.º 2 do artigo 60.º. Ou seja, propõe-se a eliminação da palavra Tribunal e a sua substituição por Ministério Público. Ficando: são obrigatoriamente reduzidos a escrito os depoimentos dos pais ou dos presumidos progenitores e as provas que concorram para o esclarecimento do Ministério Público;*".

Sem prejuízo, importa salientar que a intervenção judicial não está completamente arredada destes processos, uma vez que caberá ao juiz aplicar as cominações do art. 417.º do CPC, em caso de necessidade [7]. ("[A] *intervenção judicial apenas estará* reservada, de modo incidental, para as *situações em que haja necessidade de fazer uso de meios coercitivos, como sejam aqueles que se encontram estabelecidas no artigo 417.º, do Código de Processo Civil, aplicável nos termos subsidiariamente previstos no artigo 33.º do RGPTC*." — Parecer do Conselho Superior do Ministério Público referido supra).

3. A *INSTAURAÇÃO AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, UMA VEZ ULTRAPASSADO O PRAZO DA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA.*

Conforme já analisado, cabe agora ao Ministério Público a instrução destes processos de averiguação oficiosa e a decisão sobre a viabilidade ou inviabilidade das correspondentes ações. Ou seja, o Ministério Público instrói, dirige e decide se haverá lugar a ação de investigação de maternidade e/ou paternidade, no seguimento da averiguação oficiosa. [8]-[9]

Nos termos do art. 62.º, n.º 1, do RGPTC, terminada a instrução, o Ministério Público avalia e decide. Considerando viável a ação de investigação, deve propô-la. Note-se que aqui o autor será o

---

[7] Por exemplo, situações relacionadas com recusa em realizar exame de ADN. Nesse sentido: "[a] *solução preconizada não obsta a que em caso de necessidade de intervenção do juiz no âmbito da instrução do processo, nomeadamente condenar em multa ou fazer comparecer sob detenção, mediante a emissão dos respetivos mandados de condução, a testemunha faltosa, tal como sucedia no âmbito da OTM, o processo lhe seja remetido para esse concreto efeito, tendo em conta o disposto no art. 33.º/1, art.º 417.º, n.º 2 do C.P.Civil, n.º 3 do art.º 123.º da LOSJ e art.º 202.º da C.R.P.*" Tomé d'Almeida Ramião, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível — Anotado e Comentado, ob. cit.*, p. 249.
A este propósito, cfr. também a nossa anotação ao art. 60.º do *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, ob. cit., p. 482 e ss..

[8] Todavia, poderá existir intervenção incidental do juiz se for necessário, por exemplo, aplicar as cominações do art. 417.º do CPC, tal como supra referenciado.

[9] Devem considerar-se tacitamente revogados os preceitos do Código Civil que atribuem a competência da instrução e decisão ao tribunal (arts. 1808.º, n.ºs 2 e 4 e 1865.º, n.ºs 1, 4 e 5), neste sentido Tomé d'Almeida Ramião, *Regime Geral Processo Tutelar Cível — Anotado e Comentado*, *ob. cit.*, p. 248.

Ministério Público, não se confundindo com as situações em que o este atua em representação da criança, nos termos do art. 17.º, n.º 2 do RGPTC: "*[t]udo é igual, com algumas exceções. A exceção mais nítida está em que o autor é o Ministério Público, no exercício de poderes oficiosos, e não um autor em veste particular.*" [10]

Ora, sucede que o art. 62.º, n.º 2, do RGPTC permite que quando não exista lugar à propositura da ação, por decorrido o prazo do art. 1809.º, b), do Código Civil, o Ministério Público inicie diligências necessárias à instauração da ação de investigação, podendo usar os meios de prova recolhidos na averiguação oficiosa. De facto, tendo decorridos dois anos após o nascimento, nos termos daquele preceito do Código Civil, não haverá lugar à averiguação oficiosa da maternidade. Acontece que este prazo de dois anos também se aplica na averiguação oficiosa da paternidade — art. 1866.º, b) do Código Civil, todavia, o legislador no art. 62.º, n.º 2, do RGPTC do só faz referência ao art. 1809.º do Código Civil (relativo à averiguação da maternidade).

O art. 1868.º do Código Civil aplica "à ação oficiosa de investigação de paternidade, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1811.º, 1813.º e 1813.º". É certo que não se inclui aqui o art. 1809.º, no entanto, podemos inferir um princípio (até face à unidade do sistema jurídico — art. 9.º do Código Civil), de que serão aplicáveis à averiguação oficiosa da paternidade as disposições da averiguação oficiosa da maternidade, que não sejam incompatíveis com aquela. Até porque não se vislumbra qual a utilidade de o Ministério Público só poder avançar com a ação de investigação de maternidade após o prazo de dois anos do nascimento e não com a de paternidade, atendendo a que os interesses em causa são os mesmos.

Neste caso do art. 62.º, n.º 2, do RGPTC parece que o Ministério Público já atuará em representação da criança [11], estando em causa o interesse desta e não o interesse público associado à averiguação oficiosa. Pois, o Estado faz decair esse interesse após dois anos do nascimento. Na mesma esteira, "*[d]eve notar-se que o art. 1866.º proíbe expressamente que se intente a ação oficiosa de*

[10] Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Petrony, 2019, pp. 182-183.

[11] Neste sentido, Inês Sítima Craveiro, *Código Civil Anotado, Livro IV, ob. cit.*, pp. 653-655.

investigação; e a averiguação oficiosa que o Ministério Público vinha desenvolvendo, tecnicamente instrumental para a ação oficiosa, deve ser arquivada. Mas a norma não impede que o Ministério Público continue a desenvolver diligências para conhecer a identidade do eventual progenitor, sempre que tiver uma expetativa séria de êxito, embora saiba que nunca poderá intentar a ação oficiosa de investigação propriamente dita, se já tiverem passado dois anos sobre o nascimento." [12] Em sentido aparentemente diverso, pugnando pela mesma legitimidade 'oficiosa' do MP: "[n]*a verdade, a inviabilidade probatória, o decurso do tempo a que alude a alínea b), do artigo 1809.º, do Código Civil ou arquivamento da AOP, em nada altera a legitimidade de atuação do Ministério Público quanto à possibilidade de continuar a investigar a filiação que não se encontra estabelecida.*" — Parecer do Conselho Superior do MP à Proposta de Lei n.º 338/XII.

Veja-se que no art. 62.º, n.º 2, do RGPTC o legislador só colocou como possível o Ministério Público avançar se ultrapassado o decurso do prazo de dois anos, mas não quando está em causa uma filiação *incestuosa* [sendo esta a outra causa de inadmissibilidade de averiguação oficiosa — art. 1809.º, alínea a) e art. 1866.º, alínea a) do Código Civil]. Todavia, pese embora não exista um interesse público em desvendar esta filiação, nada obsta a que a mesma seja constituída por vontade das partes (por exemplo, perfilhação ou ação de investigação intentada pelo filho). Nestes casos, o Ministério Público — embora não possa lançar mão da ação nos termos dos arts. 1808.º, n.º 4 e 1865.º, n.º 5, do Código Civil — pode intentar a ação em representação da criança, nos termos do art. 17.º, n.º 2, do RGPTC. Aplicaremos a legitimidade ativa prevista nos arts. 1814.º e 1869.º do Código Civil (e não no art. 1808.º, n.º 4 e art. 1865.º, n.º 5, como sucede no caso do art. 62.º, n.º 1, do RGPTC).

Caso o Ministério Público considere que é inviável avançar para uma ação de investigação de maternidade (1808.º, n.º 4 do Código Civil); de paternidade (1865.º, n.º 5 do mesmo diploma) ou de impugnação de paternidade (no caso do art. 1841.º), deve esta decisão ser notificada aos interessados. Este despacho de inviabilidade será suscetível de reapreciação hierárquica nos termos do art. 63.º do RGPTC.

[12] Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação, ob. cit.*, pp. 184-185.

4. O TERMO DE PERFILHAÇÃO E A DECLARAÇÃO DE MATERNIDADE

Nos termos do disposto no art. 64.º do RGPTC, sob a epígrafe "termo de perfilhação", estabelece-se que "[q]*uando o presumido progenitor confirme a maternidade ou a paternidade, é imediatamente lavrado termo da perfilhação, na presença do Ministério Público.*"

A versão final deste artigo sofreu uma alteração face ao previsto na Proposta de Lei n.º 338/XII (correspondente ao art 64.º daquela Proposta). Na Proposta de Lei n.º 338/XII, o art. 64.º tinha a seguinte redação: "*Artigo 64.º — Termo de perfilhação: Quando o presumido progenitor confirme a maternidade ou a paternidade, é imediatamente lavrado termo da perfilhação, na presença do Ministério Público ou, se a confirmação ocorrer durante as diligências complementares de instrução, perante o juiz.*"

Ora, atendendo à desjudicialização que veio a ocorrer nestes processos — já supra referenciada — cabe ao Ministério Público instruir, dirigir e decidir a viabilidade destas ações, tendo sido eliminada, na versão final, a referência ao juiz e às diligências complementares de instrução, na parte final do preceito.

O artigo dispõe que quando seja confirmada a progenitura, deve ser lavrado termo de perfilhação. Ora, encontramos algumas expressões desafortunadas neste preceito.

Por um lado, talvez a expressão 'presumido progenitor' devesse ser substituída por 'pretenso progenitor'. Na verdade, no estabelecimento da filiação, em regra, o presumido progenitor é aquele que beneficia de uma presunção (como a presunção de paternidade do marido da mãe — arts. 1796.º, n.º 2 e 1826.º do Código Civil). Não sendo esse o caso, julgamos que a expressão 'pretenso' seria mais rigorosa. Veja-se que no art. 1808.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil o legislador usa a expressão 'pretensa mãe' e no art. 1865.º, n.os 2 e 3 daquele Código, já utiliza a expressão 'pretenso progenitor'. No entanto, no 1865.º, n.º 4, já se refere a 'presumido pai'. Ou seja, há alguma incongruência dentro do próprio Código Civil também, não só face ao RGPTC. Julgamos que será mais apropriado usar, neste contexto de averiguação oficiosa, a designação de 'pretenso', ao invés de presumido.

Por outro lado — e talvez este seja o lapso mais evidente — o legislador aqui apenas menciona a perfilhação, que retrata o reconhecimento voluntário da paternidade (art. 1847.º e 1849.º e ss. do Código Civil), e não se refere à declaração de maternidade quando é

a pretensa mãe a reconhecer aquela maternidade (art. 1806.º do mesmo diploma). Ou seja, parece dar a entender que o termo de perfilhação seria aplicável à confirmação da maternidade e paternidade o que, face ao Código Civil, não é correto.

Nos casos em que há lugar a averiguação oficiosa da maternidade, significa que o registo de nascimento existe, mas não tem a maternidade estabelecida (art. 1808.º, n.º 1 do Código Civil e art. 116.º do Código do Registo Civil). Neste caso, se a pretensa mãe confirmar aquela progenitura, deve ser feita a declaração de maternidade, prevista no art. 1806.º, n.º 1 do Código Civil. Confirmando a maternidade, deve ser remetida certidão do termo respetivo a qualquer conservatória do registo civil para averbamento ao assento de nascimento do filho — arts. 117.º e 129.º do Código do Registo Civil.

Não existe qualquer prazo para esta declaração, pelo que a mãe poderá fazê-la, em regra, a todo o tempo. Só não poderá a mãe declarar a maternidade quando estiver perante filho nascido ou concebido na constância do casamento e, concomitantemente, exista perfilhação por pessoa diferente do marido (art. 1806.º, n.º 1 do Código Civil). Ou seja, têm de estar presentes estes dois requisitos cumulativos. A *ratio* desta proibição é simples de compreender. Se fosse admitida esta declaração de maternidade, automaticamente, iria operar a presunção de paternidade do marido (art. 1826.º do Código Civil), existindo um conflito de paternidades. Nestes casos, quando o Ministério Público conclui pela existência de provas seguras de que o filho nasceu ou foi concebido na constância do casamento da pretensa mãe, a ação que deve lançar mão será a prevista no art. 1822.º do Código Civil — tal como disposto no art. 1810.º. Já a mãe também poderá intentar a ação prevista no art. 1824.º daquele Código. Nestas ações especiais de investigação de maternidade (arts. 1822.º e 1824.º) há a possibilidade de esclarecer a paternidade, sendo possível impugnar a presunção de paternidade do marido da mãe — art. 1823.º do Código Civil. Aqui não é aplicável o disposto nos art. 1832.º do Código Civil e 119.º do Código do Registo Civil (que permitem que a mãe, por menção, afaste a presunção de paternidade do marido da mãe), uma vez que tal só pode ser feito aquando a declaração de nascimento. Nestes casos, a declaração de nascimento já existe, tendo a omissão da maternidade na mesma sido a causa da averiguação oficiosa.

Nos casos em que o pretenso pai confirma a paternidade, estaremos perante uma perfilhação (arts. 1849.º e segs.). Na perfilhação poderemos identificar uma declaração de ciência mas também de

vontade. Guilherme de Oliveira atribui à perfilhação uma declaração de ciência [13]. Já José Costa Pimenta refere-se a este carácter misto de declaração de ciência e vontade [14]. Para Jorge Duarte Pinheiro parece tratar-se de uma "*declaração de consciência*" dado este seu carácter "*complexo ou híbrido*" [15].

A perfilhação é um ato *pessoal*, só podendo ser levado a cabo pelo perfilhante ou representante com poderes especiais (art. 1849.º do Código Civil). A capacidade exigida para perfilhar está consagrada no art. 1850.º do mesmo diploma (podendo ser anulada por incapacidade — art. 1861.º). É também um ato livre, devendo ser praticado por quem tiver uma vontade esclarecida, podendo a perfilhação ser anulada em caso de erro ou coação (art. 1860.º).

De acordo com o disposto no art. 1853.º do Código Civil, a perfilhação consiste num ato solene, estando a forma da sua celebração estabelecida legalmente. No caso em análise, a perfilhação assumirá a forma de termo lavrado em juízo — art. 1853.º, alínea d).

Nos termos do disposto no art. 1854.º, a perfilhação pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento do filho ou até depois da morte deste.

O ato de perfilhar, depois de praticado, não admite revogação (art. 1858.º). Para Guilherme de Oliveira o pai tem um "*dever jurídico de perfilhar*". "*É costume falar-se apenas num dever moral ou dever de consciência, ou ainda num dever cujo cumprimento não pode ser exigido lembrando a obrigação natural; porém, creio que pode argumentar-se, de modo suficiente e com base no nosso sistema legal, em favor da existência de um dever jurídico de perfilhar e do correspondente direito a ser perfilhado.*[16]"

Concluindo, o art. 64.º do RGPTC também parece estar desfasado do Código Civil ao mencionar somente a perfilhação, como se esta expressão abrangesse também as situações de declaração de maternidade (quando a mãe, no decurso da averiguação oficiosa, reconhece aquela maternidade). É certo que as averiguações de

[13] *Vide* Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, *ob. cit.*, p. 418.

[14] Cfr. José Costa Pimenta, *Filiação,* 4.ª ed., Lisboa, Petrony, 2001, pp. 117-118.

[15] Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 147.

[16] Guilherme de Oliveira, "Direitos fundamentais à constituição da família e ao desenvolvimento da personalidade" in *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra Editora, 2012, p. 7.

paternidade são bem mais comuns do que as de maternidade[17], mas tal não desonera o legislador de ser cuidadoso e rigoroso no uso das expressões.

5. NOTA FINAL

Ao longo do presente texto identificámos alguns desalinhos entre o Código Civil e o RGPTC, no que concerne à averiguação oficiosa, que o legislador já poderia ter resolvido em intervenções posteriores ao diploma, designadamente, na alteração de 2017 ((Lei n.º 24/2017, de 24/05[18]).

Esta pode, eventualmente, não ser uma temática tão premente para a doutrina e jurisprudência quando comparada com outras, mas não deixa de revelar algum descaso que seria preferível que não existisse — principalmente, porque estes processos afetam, pela sua natureza e realidade onde ocorrem, crianças que necessitam de uma maior proteção e atenção (e não o contrário).

BIBLIOGRAFIA CITADA:

AA.VV., *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado* (coord. Cristina Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz), Coimbra, Almedina, reimp., 2024

Craveiro, Inês Sítima, *Código Civil Anotado*, Livro IV, (coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020

Cruz, Rossana Martingo, Anotação aos arts. 60.º, 62.º e 64.º in *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado* (coord. Cristina Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz), Coimbra, Almedina, reimp., 2022

Dias, Cristina, "Estabelecimento da avoenga e da bisavoenga — Admissibilidade da analogia do estabelecimento da filiação? — Ac. do TRP de 26.6.2017, P. 5829/16.5T8PRT.P1" in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 59, Julho-Setembro 2017

[17] Segundo os dados oficiais, em 2023, 2022 e 2021 não existiram averiguações oficiosas de maternidade, tendo existindo, respetivamente, 30, 59 e 60 averiguações oficiosas de paternidade. No entanto, nos anos 2020 e anteriores sempre ocorreram averiguações oficiosas de maternidade, ainda que em muito menor número do que as de paternidade, naturalmente. Dados disponíveis em *: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos-tutelares-civeis-findos-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx* [última consulta em 12 de dezembro de 2025].

[18] Ainda que esta alteração tivesse um propósito marcado e circunscrito, poderia ter-se aproveitado o ensejo, tal como indicado pelo Conselho Superior do Ministério Público — ver *supra*.

OLIVEIRA, Guilherme de, "Direitos fundamentais à constituição da família e ao desenvolvimento da personalidade" in *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra Editora, 2012
——, *Estabelecimento da Filiação*, Lisboa, Petrony, 2019
——, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020
PESSOA, Ana Raquel, *Código Civil Anotado*, Livro IV (coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020
PIMENTA, José Costa, *Filiação,* 4.ª ed., Lisboa, Petrony, 2001
PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020
——, "Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n°. 1, do Código Civil — Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n°. 23/2006, de 10.1.2006", in *Cadernos de Direito Privado,* n.°15, Julho-Setembro, 2006
RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível — Anotado e Comentado*, 4.ª edição, Quid Juris, 2020

FAMÍLIA (DES)UNIDA É FAMÍLIA (DES)PROTEGIDA? AS SOLUÇÕES PATRIMONIAIS PARA A UNIÃO DE FACTO MAIS DE VINTE ANOS VOLVIDOS DA LEI 7/2001 DE 11 DE MAIO

IS A (DIS)UNITED FAMILY A (DIS) PROTECTED FAMILY? THE PATRIMONIAL SOLUTIONS FOR *DE FACTO* UNIONS MORE THAN TWENTY YEARS AFTER LAW 7/2001 OF MAY 11

Sofia Ferreira da Costa*

Resumo: A União de Facto tem vindo a ter um crescimento notório em Portugal, sendo que os últimos Censos, realizados em 2021, indicam que cerca de 9,8% da população em Portugal vive em União de Facto. Será por isso necessário que se promovam intervenções legislativas na Lei 7/2001 de 11 de maio, nomeadamente no que ao plano patrimonial concerne.

A imutabilidade legislativa no Direito da Família acarreta a pesada condenação de não acompanhar as devidas necessidades da sociedade. Neste sentido, iremos refletir sobre esse assunto, para que a referida condenação possa ser evitada — algo que nos parece quase inevitável — já que a referida Lei se apresenta deficitária quanto a algumas matérias. Deste modo, a população vulnerável fica, evidentemente, mais exposta.

As soluções apresentadas não são demonstrativas da realidade do país, configurando um árduo desafio para a doutrina e para jurisprudência quando se pretende proteger um dos núcleos mais essenciais da sociedade: a família.

Palavras-chave: união de facto; família; património; desproteção; reforma legislativa.

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Mestre em Direito das Crianças, Família e Sucessões da Escola de Direito da Universidade do Minho
sofiiaferreiradacosta@gmail.com

Abstract: The *de facto* union has been experiencing a notable growth in Portugal. The latest Census, conducted in 2021, indicated that around 9.8% of the population in Portugal lives in this kind of relationship. It is therefore necessary to promote legislative interventions in Law 7/2001 of May 11, particularly concerning the property aspects. The legislative immutability in Family Law leads to the heavy condemnation of failing to address the evolving needs of society. In this regard, we will reflect on this issue so that the aforementioned condemnation can be avoided — something that seems almost inevitable — since the law in question is deficient in some matters. Thus, the vulnerable population is, evidently, more exposed.
The solutions presented do not reflect the reality of the country, creating a tough challenge for doctrine and jurisprudence when it comes to protecting one of society's most essential cores: the family.

Key Words: *de facto* union; family; property; vulnerability; legislative reform.

Sumário: 1. O que é a União de Facto e o crescimento do instituto ao longo das últimas décadas **1.1.** Os novos paradigmas do modelo de "família" **1.2.** A pertinência do registo da União de Facto **2.** A dissolução da União de Facto: o início dos problemas patrimoniais? **2.1.** Quando os investimentos são comuns e a propriedade é una: *Quid Iuris*? **3.** Regimes de Bens do Casamento e Afastamento da analogia entre os dois institutos **3.1.** A conjetura de estipulação de regime de bens para a União de Facto **3.2.** Pacto de coabitação: uma via para minorar litigiosidade? 3.3. Os casamentos "à medida" **4.** Conclusões finais **5.** Lista de Bibliografia **6.** Lista de Jurisprudência

1. O QUE É A UNIÃO DE FACTO E O CRESCIMENTO DO INSTITUTO AO LONGO DAS ÚLTIMAS DÉCADAS

A União de Facto encontra-se regulada pela Lei 7/2001 de 11 de maio (doravante LUF), sendo que a definição da mesma se encontra plasmada no n.º 2 do seu artigo 2.º, caracterizando a União de Facto como "a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos".

Ora, da referida definição é possível extrair várias conclusões. Desde logo que o legislador prevê que a união seja monogâmica, apresentando uma característica em comum com o casamento [1]. Não obstante esta semelhança, não é demais notar que, mesmo antes da aprovação da Lei 9/2010 de 31 de maio que permite o casamento civil

[1] Note-se que o artigo 1577.º do Código Civil prevê que o casamento é "o contrato celebrado entre duas pessoas (...)".

entre pessoas do mesmo sexo, já a LUF previa, na sua primeira versão [2], a possibilidade da União de Facto existir, independentemente do sexo, prevendo uma solução inovadora no ordenamento jurídico nacional que, como referido, apenas em 2010 acolheu previsão no instituto do casamento [3]. Impõe ainda a referida Lei que a União de Facto aconteça em "condições análogas às dos cônjuges" significando isto a necessidade de uma comunhão de leito, mesa e habitação. E, por último, o requisito temporal da existência de dois anos de relação, o que muito se estranha e questiona, já que, fazendo um paralelismo com o casamento, o mesmo requisito temporal nunca foi exigido. Poderemos com alguma convicção afirmar a estranheza de tal requisito, já que, como sabemos, os efeitos jurídicos do casamento são bastantes mais assertivos e intensos do que os da União de Facto.

Ao longo dos últimos anos a vivência em União de Facto tem sido cada vez mais notória na sociedade portuguesa, sendo este um padrão que parece ser acompanhado pelo resto da Europa e também no mundo. No Reino Unido, por exemplo, dados relativos a 2018 indicam que o número de casais que vivem "em condições análogas às dos cônjuges" ultrapassa já o número de casais casados, refletindo um aumento de mais de 25% no decurso de 10 anos (correspondente ao período entre 2008 e 2018) e o mesmo sucede nos Estados Unidos da América. Este padrão comportamental está já a ser investigado por especialistas de instituições universitárias de renome como a University College de Londres e ainda da Universidade Saint Andrews [4].

Uma vez que o impacto da união de facto tem vindo a aumentar e havendo cada vez mais casais a viverem nesta condição, alguns Estados começaram a reorganizar-se de modo a estabelecerem regulamentação jurídica para esta forma de viver que, apesar de não ser

[2] A LUF foi sofrendo várias alterações ao longo dos últimos anos, tendo sido alterada pelas Leis 23/2010, de 30/08; 2/2016 de 29/02; 49/2018, de 14/08 e, na sua mais recente alteração, com a Lei 71/2018, de 31/12.

[3] No Ordenamento Jurídico Francês surgiu, com algumas semelhanças à União de Facto, mas com diferenças vincadas como adiante veremos, o *Pacte Civil de Solidarité*, tendo sido um dos seus propósitos dar aos homossexuais a possibilidade de regularem as suas relações matrimoniais. *Vide* Michel Grimaldi, *Droit Patrimonial de la Famille*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2017, p. 1258.

[4] Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/geral-61097956, com última visualização a 21 de fevereiro de 2025.

recente, pois a sua origem remonta já ao direito romano[5], é atualmente vista sem uma conotação negativa associada, que, em épocas passadas se associou a casamentos "de segunda" ou uma forma de viver moral e eticamente reprovável. Veja-se, a título de exemplo, o Estado de Illinois, nos Estados Unidos da América, que desenvolveu o *Illinois Religious Freedom Protection and Civil Union Act*[6] que prevê determinados direitos e obrigações para aqueles que vivem em união civil, nomeadamente a possibilidade de tomar decisões em situações de emergência médica, proteção contra a violência doméstica e até determinados benefícios fiscais.

1.1. Os novos paradigmas do modelo de "família"

Ao longo da História, o modelo familiar foi sempre evoluindo e alterando à medida dos tempos, pelo que esboçar um conceito de "família" nunca será algo descontextualizado ou desinteressado do momento histórico a que nos remetemos.

De forma simples, podemos avaliar que, atualmente, o modelo familiar "tradicional" assente no casamento e em um ou mais filhos resultantes deste já não é a forma exclusiva ou sequer maioritária de vivência em Portugal. Estima-se que, no período compreendido entre 2006 e 2016, os filhos nascidos de pais não casados ou que não vivem juntos triplicou[7]. Este fenómeno pode-se explicar por diversos motivos, sendo um dos quais a simples opção de permanecer em união de facto, não mantendo as pretensões das gerações anteriores de constituir família apenas sob a alçada do matrimónio, podendo ainda ser um reflexo da perda de preponderância da Igreja na sociedade. Apesar de toda essa perda de preponderância, a verdade é que, no artigo 1576.º do Código Civil, as fontes das relações jurídicas familiares continuam a ser "o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção", o que seria interesse debater, considerando as novas tendências familiares. Note-se que o artigo 36.º da Constituição da República

[5] Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus Casamento*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 63.

[6] Disponível em https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=3294, com última visualização a 26 de fevereiro de 2025.

[7] Disponível em https://www.publico.pt/2016/05/02/sociedade/noticia/bebes-que-nascem-fora-do-casamento-e-sem-coabitacao-dos-pais-quase-triplicaram-numa-decada-1730599, com última visualização a 22 de fevereiro de 2025.

Portuguesa, no seu n.º1, refere que "[T]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade". Perante isto, entendemos que o legislador quis prever dois direitos distintos: o direito de constituir família e o direito de contrair casamento, não estando por isso a ideia de constituir família necessariamente dependentemente do matrimónio [8].

Não obstante, a união de facto não será a única forma de família existente como alternativa ao casamento, havendo atualmente uma diversidade de "famílias" que pode ser considerável, desde logo as famílias "reconstituídas" caracterizadas pela introdução de uma nova relação conjugal na família; famílias monoparentais; famílias homoparentais, famílias adotadas, entre outras [9].

1.2. A pertinência do registo da União de Facto

Contrariamente ao casamento, não há, na LUF, qualquer vínculo formal para a união de facto, evidenciando notórias dificuldades probatórias. Isto poderá causar algumas situações de maior vulnerabilidade, nomeadamente nos momentos em que seja necessário provar a existência da relação. A solução prevista na LUF encontra-se disposta no seu artigo 2.º-A, consagrando que "[N]a falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível".

A LUF admite a possibilidade de obter um resultado probatório por declaração da junta de freguesia competente, nos termos do n.º2 do artigo 2.º-A, que deverá ser acompanhado por uma declaração, sob compromisso de honra de ambos os membros da união de facto, de que vivem nessa situação há mais de dois anos, carecendo ainda de certidões de cópia integral do registo de nascimento de ambos os companheiros. Sucede que esta possibilidade, apesar de poder, de facto, comprovar a existência da União de Facto, parece-nos um meio pouco eficiente para o fazer, já que nunca poderá comprovar a condição

[8] Autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira partilham igualmente este entendimento. *Vide* Canotilho, J.J. Gomes/ Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, revista (reimp.) da 4.ª ed.Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 560.

[9] Sobre este assunto veja-se o https://www.linkedin.com/pulse/vamos-conversar-sobre-os-diversos-tipos-de-família-playkids/, com última visualização a 26 de fevereiro de 2025.

tripla necessária de leito, mesa e habitação. Além disso, não poderá ainda ser garantido que aquela união é exclusiva, já que os unidos de facto poderão ter residência noutros locais e, por consequência, em outras freguesias. É o que acontece em Espanha que, por carência do cruzamento de dados, é possível concretizar várias uniões a nível municipal, se cada uma delas for registada em regiões distintas[10].

Deste modo, são cada vez mais aqueles que entendem que o registo civil da União de Facto poderia ser uma forma eficaz de facilitar esta prova, quer para os próprios unidos de facto, quer para terceiros e para o Estado, podendo, desta forma, garantir a possibilidade de opor esse registo perante terceiros, admitindo a existência de uma prova plena[11]. Esta possibilidade privilegia ainda a organização e certeza jurídicas, garantindo ainda às partes que constituem a relação uma maior liberdade de atuação, pois, pelo facto de haver registo, garante-se que as partes se pretendem vincular a determinados efeitos, o que nem sempre acontece com a vigência da LUF dado que, por defeito, as partes estão submetidas à referida Lei sem que se possa garantir, de forma absoluta, que o pretendem. O que, mais uma vez sublinhamos, não poderia acontecer caso estivessem vinculadas por efeito de registo.

Esta poderia ser uma solução jurídica eficaz para os membros da União de Facto já que, segundo o nosso entendimento, esta é uma das matérias em que a LUF parece apresentar-se como insuficiente.

2. A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO: O INÍCIO DOS PROBLEMAS PATRIMONIAIS?

Como referido na LUF, a União de Facto "pode se provar por qualquer meio legalmente admissível", o que já tivemos oportunidade de assinalar como sendo bastante impreciso quanto à forma de provar a União de Facto. É neste contexto que surge a proposta de variados autores — e por nós acolhida — de poder ser celebrado um registo civil como meio eficaz para prova da união de facto[12].

[10] Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus Casamento*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 167.

[11] Costa, Sofia Ferreira da, *União de Facto e Património*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2024, p. 33.

[12] Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus Casamento*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 166 e ss; Sofia Ferreira da Costa, *União de Facto e*

Por norma, as dificuldades probatórias ocorrem por ocasião da dissolução da União de Facto, sendo que prevê o artigo 8.º da LUF três distintas formas de dissolução da mesma, sendo elas: o falecimento, a vontade de dissolução ou o casamento de um dos membros. Nestas circunstâncias, não raras vezes surge alguma confusão entre aquilo que foi a vivência em comum dos unidos de factos com o património existente (que nem sempre pertence a ambos), confusão esta muitas vezes baseada na crença — errada — de que a aparência de casamento vivida na união de facto se traduz, precisamente, numa equivalência do casamento.

Na situação prevista na alínea a) do artigo 8.º — falecimento de um dos membros — e no que à casa de morada de família concerne, podemos equacionar três opções: por um lado, sendo o falecido proprietário da casa e do respetivo recheio, o membro sobrevivo poderá gozar de um direito real de habitação, nos termos do artigo 5.º da LUF, podendo fazer uso do recheio. No final do período estabelecido por lei para gozo do direito real de habitação (que serão, no mínimo, cinco anos ou, se a relação se tiver iniciado por um período superior aos cinco anos antes da morte, pelo tempo que esta tenha durado, nos termos do disposto nos números 1 e 2 do artigo 5.º da LUF), o unido de facto sobrevivo poderá permanecer na casa na qualidade de arrendatário, podendo ainda usufruir de um direito de preferência em caso de alienação do imóvel. Por outro lado, se ambos fossem comproprietários da casa, os direitos *supra* mencionados serão exercidos em exclusivo pelo membro sobrevivo. Em terceiro e último lugar, sendo o membro falecido o arrendatário do imóvel, aplicar-se-á o disposto no artigo 1106.º do Código Civil, pelo que o arrendamento para habitação não caduca por morte quando ao arrendatário sobreviva "pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano", nos termos da alínea b) do referido artigo.

Já quando a dissolução ocorre por vontade de um dos membros, podemos estar perante duas situações quanto à casa de morada de família: caso haja um arrendamento, aplica-se o 1105.º do Código Civil, isto é, poderá haver transmissão ou concentração do arrendamento a favor de um deles. Por outro lado, sendo a casa um bem próprio ou comum, aplicar-se-á o artigo 1793.º do Código Civil, pelo

Património, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2024, p. 30 e ss.

que poderá ser dada de arrendamento a qualquer um dos membros da união de facto [13].

Quanto à dissolução por casamento por um dos membros, note-se que, pelo facto de não haver um mecanismo probatório eficiente quanto à existência da união de facto, a verdade é que a existência da mesma não constitui qualquer impedimento matrimonial, o que poderia ser absolutamente distinto caso a união de facto não fosse meramente fáctica como é atualmente. Deste modo, parece-nos mais uma clara evidência de que para que o registo se trata de uma necessidade, sendo uma solução mais segura do ponto de vista de proteção da união de facto.

2.1. Quando o investimentos é comum e a propriedade é una: *Quid Iuris?*

Como acabamos de referir, é por ocasião da dissolução da união de facto que, em regra, surgem as maiores dificuldades de definição quanto aos bens que integram o património dos unidos de facto, sobretudo quando essa dissolução se origina por rutura.

Contrariamente ao que sucede no casamento, a união de facto não dispõe de qualquer regime de bens para acautelar estas situações, o que significa que, em caso algum, existe o chamado "património comum". No limite, o que poderá existir são bens detidos em compropriedade. Assim sendo, apesar da complexidade e do crescimento sucessivo da união de facto, a verdade é que este instituto continua a pautar-se pelo regime geral das obrigações e dos direitos reais. Isto é, parece não haver grandes dificuldades na jurisprudência em atender ao referido regime geral, reconhecendo a necessidade de estabelecer um equilíbrio entre as massas patrimoniais dos unidos de facto, não obstante, uma vez que a Lei em nada especifica face a esta matéria e o regime do casamento não deverá ser analogamente aplicado,

[13] Nesta matéria, é entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra que "Compete ao cônjuge [ou "unido de facto"] que pretende que lhe seja atribuída a casa de morada de família alegar e provar que necessita mais que o outro da referida casa, sendo que a necessidade da habitação é uma necessidade atual e concreta (e não eventual ou futura), a apurar segundo a apreciação global das circunstâncias particulares de cada caso". Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2b22ee2c239c316a80258aa5003df749?OpenDocument, com última visualização a 27 de fevereiro de 2025.

não restará solução senão recorrer ao regime geral obrigacional e real [14].

São por isso muitas as vezes em que há um verdadeiro desequilíbrio entre aquilo que foram as contribuições de um dos membros da união de facto e o verdadeiro titular dos bens. São cada vez mais as situações que originam esta confusão patrimonial já que é frequente os membros da união de facto — e uma vez que vivem nesta circunstância -, dividirem entre si determinadas despesas, não obstante poder apenas um deles ser o verdadeiro titular do bem. Acontece também com frequência na sequência de um dos membros se dedicar ao trabalho doméstico e, nomeadamente, à educação dos filhos [15].

Perante estas situações, a doutrina e jurisprudência têm vindo a reunir esforços no sentido de reajustar o referido equilíbrio patrimonial, sendo que, ainda assim, pelo generalismo dos institutos aplicados, surge o risco de ser tomada uma decisão desadequada ao caso concreto. Deste modo, têm os tribunais recorrido aos institutos do enriquecimento sem causa, obrigações naturais e o regime das sociedades de facto. Têm sido estas as soluções encontradas perante a ausência legislativa e as situações de desproporcionalidade existentes. Note-se que a busca por soluções por parte da doutrina e da jurisprudência evidencia a necessidade de ser gizado um novo regime patrimonial para a união de facto.

Como defende o Tribunal da Relação de Lisboa [16], "cessada a união de facto, cada um dos sujeitos da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum, podendo esta liquidação ser efectuada com fundamento no instituto

[14] Veja-se o entendimento do Tribunal da Relação de Guimarães que refere que "De facto, reconhece-se que, cessada a união de facto, por morte ou separação, o membro sobrevivo ou o outro sujeito da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum, recorrendo-se ao regime geral das relações obrigacionais e reais para solucionar as questões relativas à divisão daquele acervo". Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/26249ACEDD2EEDCE80258014004AA1CD, com última visualização a 22 de fevereiro de 2025.

[15] A título de exemplo veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/09/2023, disponível em https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a19df952015e96cb80258a3c004a4151?OpenDocument, com última visualização a 26 de fevereiro de 2025.

[16] Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/528ba4da2a8e95a680258a5b0052dd3f?OpenDocument, com última visualização a 23 de fevereiro de 2025.

do enriquecimento sem causa". Subjacente à aplicação deste instituto encontra-se a ideia de que nenhuma pessoa se deve locupletar injustificadamente por causa alheia, visando-se, deste modo, a regulação das vantagens obtidas. Aplicando-se o disposto no artigo 473.º do Código Civil, verifica-se a necessidade de aplicação de três requisitos para que este instituto seja aplicado, sendo eles: a verificação do enriquecimento, carecendo o mesmo de causa justificativa e à custa daquele que requer a restituição. Entende-se que se está perante o instituto do enriquecimento sem causa quando o património de um dos membros ficou numa situação mais favorável por conta do outro membro da união, sendo causa necessária que, para tal, não exista causa, isto é, que a união de facto não mais se considere como tal. No entanto, é ainda entendimento do Tribunal da Relação de Guimarães que "A falta de causa do enriquecimento não se basta com a cessação da união de facto; torna-se necessário que o autor alegue e prove que as deslocações patrimoniais se verificaram no pressuposto, entretanto desaparecido, da continuação e subsistência da união de facto" [17].

Por outro lado, quanto ao regime das obrigações naturais, previsto no artigo 402.º do Código Civil, diz-se que a obrigação é "natural" quando o cumprimento não é judicialmente exigível, mas correspondente a um dever de justiça. Trata-se de um instituto geral, compreendendo os deveres de ordem ética, social e moral, não sendo o seu cumprimento judicialmente exigível. Mário Júlio de Almeida Costa concretiza bem o conceito, entendendo que este tipo de obrigações se encontram numa zona intermédia entre a ordem ética e moral e os deveres jurídicos [18].

Por último, a aplicação do regime das sociedades de facto parece-nos altamente desajustado, já que é um instituto utilizado para atos e entidades jurídicas, aplicado à luz do disposto no artigo 980.º do Código Civil, observando três requisitos: a existência de um elemento coletivo, desenvolvendo uma atividade económica que não seja de mera fruição e com repartição dos lucros resultantes da atividade. Parece-nos que a aplicação deste instituto à união de facto é altamente desadequado, uma vez que o cariz familiar da união de facto

[17] Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/26249ACEDD2EEDCE8025801400 4AA1CD, com última visualização a 26 de fevereiro de 2025.

[18] Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 2.ª reimp. rev. e atualizada da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 175.

é incompatível com o cariz societário [19]. Assim sendo, entendemos que, dentro das soluções possíveis existentes, apenas os regimes do enriquecimento sem causa e das obrigações naturais poderão ser adequados.

3. REGIMES DE BENS DO CASAMENTO E AFASTAMENTO DA ANALOGIA ENTRE OS DOIS INSTITUTOS

Como é nosso entendimento, o facto de não haver qualquer regime de bens para a união de facto ou qualquer disposição patrimonial séria, gera grandes dificuldades por ocasião da dissolução da união de facto, podendo mesmo gerar situações de injustiça e desequilíbrio patrimonial. Entende-se por regime de bens o "conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto é, a sua repartição entre o património comum, o património do marido e o património da mulher" [20].

Poderemos estabelecer um contraste com o que é previsto no regime do casamento, em que os nubentes poderão eleger entre os três regimes de bens tipificados e os regimes por si convencionados, demonstrativo de um pleno ato de autonomia privada. Quanto aos regimes tipificados de bens (comunhão geral de bens, comunhão de adquiridos e separação de bens), note-se que continua a vigorar entre nós a imperatividade do regime de separação de bens na circunstância de, pelo menos um dos nubentes, ter sessenta ou mais anos ou caso o casamento seja celebrado sem precedência do processo preliminar do casamento, de acordo com o disposto no artigo 1720.º do Código Civil. Esta imperatividade legislativa merece também a nossa crítica em virtude de um conjunto de fatores relevantes, nomeadamente pelo facto de ser atentatório da liberdade e autodeterminação dos nubentes, associado ainda ao aumento da esperança media de vida e, sobretudo, pelo facto de, independentemente de vigorar a imperatividade da separação de bens (ou qualquer outro regime de bens), o cônjuge permanecer enquanto herdeiro legitimário, motivo

[19] Costa, Sofia Ferreira da, *União de Facto e Património*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2024, p. 106.

[20] Coelho Francisco Pereira/Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, reimp. da 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 559-560.

GESTLEGAL

pelo qual acreditamos igualmente que esta norma pouco sentido fará nos dias de hoje. Note-se, no entanto, eue esta imperatividade sofreu alterações em virtude da reforma introduzida ao Código Civil em 1977, pois, até este período, a imperatividade da separação de bens em função da idade variava consoante se tratasse do nubente do sexo masculino (em que a idade se mantinha nos sessenta anos) ou, tratando-se de nubente do sexo feminino, o mesmo sucedia aos cinquenta anos. A alteração surgiu pela manifesta desconformidade existente ao princípio constitucional da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa [21]. Apesar desta alteração introduzida em 1977, não deixa de ser pertinente questionar se este princípio não continuará em causa nos dias de hoje. Como defendido por autores como Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho, tendo a Constituição da República Portuguesa consagrado, no seu artigo 26.º, o direito ao desenvolvimento da personalidade, certamente será a limitação em causa contrária ao referido princípio [22].

Ainda quanto aos regimes de bens, o regime de comunhão de adquiridos consta como regime de bens supletivo, regulado pelos artigos 1721.º e ss do Código Civil. É o regime que se aplica na falta de convenção antenupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, nos termos do artigo 1717.º do Código Civil. Este regime caracteriza-se pela participação dos cônjuges nos bens adquiridos após a celebração do matrimónio.

O regime de comunhão geral, por outro lado, fora já o regime supletivo, no entanto, atualmente, são cada vez menos frequentes os casamentos que se situam na alçada deste regime, regulado pelos artigos 1732.º ss do Código Civil. A doutrina é cada vez mais abundante no sentido de considerar que este regime favorece a celebração de casamentos cujo objetivo se prenda com intuitos económicos, tratando-se de um injustificado locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro, não sendo o casamento o meio próprio para realizar tal pretensão [23].

Por último, o regime da separação de bens, previsto nos artigos 1735.º e ss do Código Civil, sendo este o regime em que cada um dos esposados "conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente". Trata-se de

[21] *Idem*, p. 561.
[22] *Idem*, p. 562.
[23] *Idem*, p. 565.

um regime em que não existem bens comuns. Acreditamos que poderá ser este regime a inspiração para um regime de bens na união de facto, motivo pelo qual passaremos a analisar com mais pormenor essa proposta.

3.1. A conjetura de estipulação de regime de bens para a União de Facto

Perante a carência da união de facto resultante da não existência de um regime de bens, poderá ser adequado equacionar se os regimes de bens do casamento poderão ser aplicados à união de facto. Pretendemos desde já clarificar que os dois institutos em causa têm naturezas distintas, não obstante, pelas semelhanças que também entre si apresentam, poderá ser adequado equacionar a possibilidade de um modelo de regime de bens para a união de facto.

Acreditamos que nenhum dos regimes de comunhão seria adequado para aplicar à união de facto, desde logo porque, no caso da comunhão de adquiridos, o ónus de partilha em caso de cessação da relação teria um elevado nível de litigiosidade, como aliás se percebe por comparação com o casamento. Para além disso, há determinadas imposições para o casamento que, por via do artigo 11.º do Código Civil e por ser uma norma restritiva da autonomia privada, não seriam aplicadas à união de facto, o que conduziria a uma vantagem sobre o casamento que dificilmente se poderá admitir [24].

Deste modo, nenhum dos regimes de comunhão seria adequado à união de facto, restando analisar o regime da separação de bens que, para todos os efeitos, apresenta soluções mais eficazes por ocasião da dissolução, associado ao facto de não existir património comum.

Aqui chegados, já concluímos que seria benéfico para a união de facto a existência de um regime de bens, garantindo maior certeza e maior razoabilidade nas decisões que regulam o património. Assim sendo, e inspirando-nos no ordenamento jurídico francês, a reforma do instituto em duas vertentes poderia ser interessante, na medida em que pudesse ser apresentada uma vertente registada e uma vertente livre.

No que à vertente livre concerne, seria o modelo ideal para aqueles que pretendem viver à margem de qualquer regulamentação jurídica, não sujeitando a mesma a qualquer registo e não estando

[24] Costa, Sofia Ferreira da, *União de Facto e Património*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2024, pp. 40-41.

associado a qualquer efeito jurídico. Esta seria uma possibilidade que atualmente não é consagrada no ordenamento jurídico português, já que, independentemente da vontade dos unidos de facto, estes ficam de facto vinculados à Lei 7/2001 de 11 de maio. Entendemos que os membros da relação devem poder viver as suas relações à margem do Direito, sem qualquer pretensão jurídica, até por questões de coerência uma vez que, perante a ausência de registo da união, não poderemos saber nunca se, de facto, as duas pessoas que vivem em "condições análogas às dos cônjuges" se pretendem associar à união de facto e submeter-se ao previsto pela Lei 7/2001 de 11 de maio.

Do mesmo modo, entendemos que, assim como devem os unidos de facto poder viver de forma independente de regulação jurídica, devem também os unidos de facto ter a possibilidade de se submeterem a uma regulação mais efetiva e exigente que, com a versão da LUF que hoje vigora, não será possível. Neste sentido, defendemos a possibilidade de existência da vertente registada da união, sendo aplicado, para o caso, o regime supletivo da separação de bens.

Este modelo bipartido teve de inspiração o modelo do ordenamento jurídico francês que igualmente prevê duas vertentes: por um lado, de forma mais formal, o *Pacte Civil de Solidarité* e, por outro lado, de forma mais livre, o regime de *Concubinage* [25], sendo que, nesta modalidade, em caso de rutura, as regras são definidas por acordo dos conviventes sob pena de ser decidida em sede jurisdicional com recurso ao Direito Obrigacional e Real. Com esta analogia com o ordenamento jurídico francês não se pretende uma aplicação *ipsis verbis* do referido modelo, mas demonstrar uma opção inspiradora que poderia servir de base para o ordenamento jurídico nacional, inspirando-se em um modelo que goza já de alguma maturidade — uma vez que está implementado em França desde 1999. A adoção deste tipo de modelo certamente que criaria uma situação bastante mais certa e segura para os unidos de facto por ocasião da rutura, assim como para terceiros que com eles convivam.

3.2. Pacto de coabitação: uma via para minorar litigiosidade?

Na constância da união de facto, os membros da mesma podem adquirir determinados bens, sendo que, não estando o destino desses

[25] Note-se que a expressão "concubinato" ainda é uma terminologia prevista no Código Civil, nomeadamente na alínea c) do n.º 1 do artigo 1871.º.

bens previamente definido, irão certamente surgir algumas complicações e confusões patrimoniais por ocasião da rutura da relação. Assim sendo, na ausência de soluções por parte da LUF, é dada aos unidos de facto a possibilidade de regularem a sua vida em comum por via de um pacto de coabitação (também designado de contrato de coabitação) que consiste na possibilidade de os membros da união de facto regularem a sua vida em comum. Uma vez que o conteúdo deste contrato se prende com disposições acordadas pelas partes, trata-se de um contrato legalmente atípico, sendo de destacar que, neste caso, a existência da união de facto é uma condição *sine qua non* para a eficácia do contrato [26].

Poder-se-á levantar a pertinente questão de saber em que momento produzirá este contrato efeitos, uma vez que, como referimos inicialmente, um dos requisitos exigidos pelo legislador para a caracterização da união de facto enquanto tal é precisamente o requisito temporal de dois anos. Aqui chegados, cumpre-nos questionar sobre o seguinte: serão os efeitos do contrato de coabitação válidos *ab initio*, ignorando a questão temporal dos dois anos? Ou os efeitos apenas se produzem após decorrerem os dois anos de relação? O que, note-se desde já que, em nosso entendimento, em todo o caso será uma demonstração de desconsideração pela autonomia privada dos unidos de facto, inviabilizando uma distribuição justa do património. Assim, poder-se-á concluir que, por ocasião da celebração destes contratos, será pertinente clausular o momento a partir do qual se deverão produzir efeitos. Na ausência de tal clausulado, entendemos que será relevante para o efeito que se possam salvaguardar as situações decorrentes dos dois primeiros anos de união de facto através de um mecanismo de retroatividade.

3.3. Os casamentos "à medida"

Perante a ausência de uma adequada solução legislativa para resolver questões relativas ao património durante a união de facto, analisámos a pertinência e importância da celebração de um pacto ou contrato de coabitação, um ato perfeitamente demonstrativo da vontade dos contraentes em regular a sua relação. Não obstante esta plena manifestação de autonomia privada, será importante

[26] Neto, Renato Avelino de Oliveira, *Contrato de Coabitação da União de Fato*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 71.

acautelar que deverá sempre haver um entendimento entre este exercício e aquilo que são normas imperativas que caracterizam o Direito da Família. Quer isto significar que não devem as partes fazer uso desta possibilidade para personalizarem a sua relação ao ponto de usarem o pacto ou contrato de coabitação como alternativa ao casamento, excluindo dele as cláusulas que não lhes aprouver [27]. Mas o mesmo raciocínio poderá ainda ser aplicado de forma análoga ao casamento, já que, como analisámos, o ordenamento jurídico português (contrariamente ao alemão, suíço ou angolano) não impõe um sistema de tipicidade. Esta liberdade parece já ser uma longa tradição em Portugal, uma vez que o seu registo remonta já às Ordenações Manuelinas [28].

4. CONCLUSÕES FINAIS

Com a passagem do tempo, as diferenças e evolução da sociedade têm também impacto na família. É fascinante perceber e analisar a sua evolução desde os primórdios da Humanidade, considerando que foi sendo alvo de impactos sociais, históricos, culturais e até biológicos.

Atualmente, a União de Facto assume um papel preponderante na escolha da forma de viver em Portugal, já que cerca de 9,8% dos portugueses vivem deste modo, de acordo com os dados dos últimos censos, realizados em 2021 [29]. Perante tal expressividade, impõe-se que as soluções jurídicas apresentem uma maior segurança para os próprios unidos de facto e ainda para terceiros, devido à aparência de casamento que deste instituto advém.

Assim, acreditamos que um regime jurídico em que a prova da relação seja mais eficaz será um passo significativo na busca pela segurança e realização de justiça que pretendemos alcançar. Deste modo, a possibilidade de registar civilmente a união de facto será

[27] Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus Casamento*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 434.

[28] Coelho, Francisco Pereira/Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, reimp da 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, p. 563.

[29] Disponível em https://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=censos21_main&xpid=CENSOS21&xlang=pt, com última visualização a 27 de fevereiro de 2025.

uma via para atingir as finalidades que pretendemos alcançar, desde logo associando essa possibilidade de registo a um regime supletivo de separação de bens, o que favorecerá a distribuição das massas patrimoniais por ocasião de rutura que, como sabemos, é um momento gerador de grandes confusões patrimoniais. Tal confusão é, muitas vezes, geradora de desequilíbrios e injustiças na distribuição do património, pelo que urge a necessidade de uma maior e regulação desta matéria.

Para solucionar tal problema têm a jurisprudência e a doutrina tentado encontrar soluções para tal, nomeadamente através dos institutos gerais do Direito *supra* mencionados. Não obstante, considerando a preponderância e a tendência de viver em união de facto assumida pelos portugueses, o recurso a institutos gerais do Direito estará muito longe daquilo que é a dignidade merecida pela união de facto, tratando-se, ainda para mais, de uma relação eminentemente familiar que deveria integrar o elenco do artigo 1576.º do Código Civil.

Assim sendo, o Direito não deve conviver pacificamente com o facto de haver desequilíbrios injustos e desproporcionais na distribuição das massas patrimoniais, devendo alcançar novos paradigmas. Assim, acreditamos que a inspiração no Ordenamento Jurídico Francês possa ser uma solução possível para o ordenamento jurídico nacional, sem prejuízo das adaptações necessárias que podem e devem ser feitas.

5. LISTA DE BIBLIOGRAFIA

Grimaldi, Michel, *Droit Patrimonial de la Famille*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2017.

Canotilho, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, revista (reimp.) da 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Cruz, Rossana Martingo, *União de Facto versus Casamento*, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019.

Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 2.ª reimp. rev. e atualizada da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

Costa, Sofia Ferreira da, *União de Facto e Património*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2024.

Coelho, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, reimp. da 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018.

Neto, Renato Avelino de Oliveira, *Contrato de Coabitação da União de Fato*, Coimbra, Almedina, 2006.

6. LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12.09.2023 (Henrique Antunes), [em linha]. Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a19df952015e96cb80258a3c004a4151?OpenDocument, com última visualização a 26 de fevereiro de 2025.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.12.2023 (Luís Cravo), [em linha]. Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2b22ee2c239c316a80258aa5003df749?OpenDocument, com última visualização a 27 de fevereiro de 2025.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 09. 06.2016 (Francisco Xavier), [em linha]. Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/26249ACEDD2EEDCE80258014004AA1CD, com última visualização a 22 de fevereiro de 2025.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26. 10.2023 (Arlindo Crua), [em linha]. Disponível em https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/528ba4da2a8e95a680258a5b0052dd3f?OpenDocument, com última visualizaão a 23 de fevereiro de 2025.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: QUANDO TRÊS MÃOS EMBALAM O BERÇO *

SURROGACY: WHEN THREE HANDS ROCK THE CRADLE

Sónia Moreira **

Resumo: "Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade" (art. 8.º, n.º 1, da LPMA).
O intuito deste trabalho é refletir sobre a gestação de substituição, em especial sobre os direitos e interesses legalmente protegidos que se encontram em conflito na aplicação desta figura. A gestação de substituição permite a um casal que não consegue engravidar em virtude de o útero da mulher não o permitir, alcançar a tão desejada parentalidade, mas pode dar azo a vários problemas: e se, no final da gestação, a gestante quiser assumir a maternidade da criança? O que fazer perante um conflito positivo de parentalidade, ou seja, se todas as partes envolvidas quiserem assumir as responsabilidades parentais? O que deve prevalecer? A vontade da gestante, que tinha consentido em suportar uma gravidez a fim de entregar a criança, mas que agora quer ser sua mãe; ou a vontade dos beneficiários das técnicas de PMA, que serão os seus pais biológicos (ou, pelo menos, um deles sê-lo-á) e cujo projecto parental deu azo a todo este procedimento?

Palavras-Chave: Gestação de Substituição; Direito Fundamental a Procriar; Conflito Positivo de Parentalidade; Multiparentalidade

* O presente texto encontra-se escrito de acordo com as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

** Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho (Campus de Gualtar, 4710-576 Braga). E-mail: esms@direito.uminho.pt ORCID: 0000-0003-3462-3786.

Abstract: 'Surrogate pregnancy' means any situation in which a woman is willing to carry a pregnancy on behalf of another person and hand over the child after the birth, renouncing the powers and duties of motherhood (Article 8(1) of the LPMA). The purpose of this article is to reflect on surrogacy, especially the legally protected rights and interests that are in conflict when applying this concept. Surrogacy allows a couple who can't get pregnant because the woman's uterus doesn't allow it, to achieve the much-desired parenthood, but it can give rise to various problems: what if, at the end of the pregnancy, the surrogate mother wants to take on the motherhood of the child? What should be done in the event of a positive conflict of parenthood, i.e. if all the parties involved want to assume parental responsibilities? What should prevail? The will of the surrogate mother, who had consented to carrying a pregnancy in order to give birth to the child, but who now wants to be its mother; or the will of the beneficiaries of the PMA techniques, who will be its biological parents (or at least one of them will be) and whose parental project gave rise to the whole procedure?

Keywords: Surrogacy; Fundamental Right to Procreate; Positive Conflict of Parenthood; Multiparenthood

1. EVOLUÇÃO LEGAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL; ALGUNS PROBLEMAS LEVANTADOS POR ESTA FIGURA

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, vulgo Lei da PMA (Procriação Medicamente Assistida), na sua redacção original, proibia liminarmente a "maternidade de substituição" (expressão legal utilizada na redacção original da lei). Os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição eram nulos, pelo que a mulher que suportasse a gravidez de substituição era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer.

Eram várias as razões para esta proibição, nomeadamente, a necessidade de se garantir a não instrumentalização da "mãe de aluguer". Contudo, com a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, o legislador acabou por admitir a — entretanto — chamada "gestação de substituição". A alteração da designação desta figura não foi inocente. Pretendeu evitar-se, desde logo, qualquer similitude que pudesse induzir em erro as partes e a sociedade em geral e deixar claro que "gestação" não significa "maternidade". Uma coisa é gerar — *rectius* — gestar uma criança; outra coisa será ser sua mãe.

A redacção do art. 8.º da LPMA na redacção da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, veio admitir a gestação de substituição "a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero,

de lesão ou de doença deste órgão que impe[disse] de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifi[cassem]" (art. 8.º, n.º 2).

O desenho geral da figura afastou grande parte das críticas doutrinárias [1] que lhe eram apontadas. Desde logo, a gestação de substituição nunca poderia ser utilizada a não ser nos casos em que a gravidez fosse impossível por motivos médicos, excluindo-se o recurso a esta figura como forma alternativa de alcançar a maternidade (fosse por motivos estéticos, sociais ou outros). Na verdade, a redacção actual desta norma (decorrente da Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro) deixa ainda mais claro que só é possível recorrer-se à gestação de substituição nestas circunstâncias, ao afirmar que "[a] celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é admissível (…) nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica *que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher*" (itálico nosso).

Em segundo lugar, o legislador só admitiu as gestações de substituição gratuitas, obviando as críticas relativas à "coisificação" da criança que viesse a nascer, que, de outra forma, poderia ser vista

[1] V., por exemplo, Guilherme de Oliveira, *Mãe há só uma/duas — O contrato de gestação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 47 e ss., em especial, p. 62 e p. 99 (o autor defendia que o contrato de gestação de substituição não seria admissível por não poder aceitar-se o consentimento da gestante em abdicar da criança, quando o art. 1982.º do Código Civil exige o decurso de um prazo razoável para que a mãe biológica possa dar a criança recém-nascida para adopção; além disso, entendia que o contrato oneroso de gestação de substituição seria nulo por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao "coisificar a criança", e mesmo o contrato gratuito seria um fenómeno demasiado perturbante para poder ser bem aceite); Jorge Duarte Pinheiro, "Mãe Portadora — A problemática da maternidade de substituição", in Jorge Duarte Pinheiro, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 114 a 121 (o autor concluía pela inadmissibilidade da figura da gestação de substituição — ainda que gratuita — por entender que esta violava o princípio da dignidade da pessoa humana ao instrumentalizar o corpo da gestante; no mesmo sentido, Jorge Duarte Pinheiro, "Procriação Medicamente Assistida", in Jorge Duarte Pinheiro, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, *cit*., pp. 65 e 66). Em sentido inverso, reconhecendo que esta figura apresentava "muitos perigos", mas entendendo que devia ser admitida, desde que a sua regulamentação permitisse proteger "as partes envolvidas, particularmente [a] mais frágil, o feto", Vera Lúcio Raposo, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 128, 129 e 141.

como objecto do negócio jurídico da gestação de substituição. Neste sentido, o art. 8.º, n.º 5, proibia "qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio". Esta norma mantém-se intocada na redacção actual da LPMA, embora tenha transitado para o seu n.º 7.

A fim de garantir também o respeito pela dignidade da pessoa humana da gestante e a sua liberdade e autodeterminação, o art. 8.º, n.º 6 (que corresponde ao actual art. 8.º, n.º 8), proibia "a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existi[sse] uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas". O consentimento da gestante deveria, assim, ser livre de qualquer coacção ou pressão.

Por outro lado, a fim de evitar que a gestante se afeiçoasse à criança e viesse depois a arrepender-se, o n.º 3 da norma (o actual n.º 4) estabelecia que "[a] gestação de substituição só pod[ia] ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que [fosse] participante". Portanto, a gestante nunca poderia ser a mãe biológica da criança, sendo que seriam os beneficiários da gestação de substituição os seus pais biológicos (ou, pelo menos, um deles).

Por último, "[a] criança que nasce[sse] através do recurso à gestação de substituição [era] tida como filha dos respetivos beneficiários" [2]. Para tanto, estes e a gestante tinham de consentir na

[2] Sobre a determinação da filiação nos casos de gestação de substituição (a LPMA não se refere neste contexto ao "estabelecimento da filiação", para fazer a distinção em relação aos casos previstos para a filiação no Código Civil), v., por todos, Guilherme de Oliveira (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021 (reimpr. 2024), pp. 521 ss. Se o estabelecimento da filiação no regime geral tem como base o princípio do respeito pela verdade biológica (*Idem*, p. 430), com a LPMA o direito português aceitou alguns desvios a este princípio, embora continue a ser aplicado em grande medida. Na verdade, a utilização de técnicas de PMA por um casal "é quase irrelevante do ponto de vista jurídico" já que "as regras

gestação de substituição, sendo esta definida como "qualquer situação em que a mulher se disp[usesse] a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade".

Ora, um dos grandes problemas do regime jurídico criado em 2016 [3] decorria precisamente do consentimento [4]. O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 225/2018, apesar de não ter considerado inconstitucional a figura da gestação de substituição em geral, tal como foi concebida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto [5], fê-lo relativamente a várias normas do seu regime, nomeadamente às relativas ao consentimento da gestante.

Na verdade, de acordo com o regime estabelecido na época, a gestante teria de consentir na gestação de substituição (abdicando das

jurídicas do estabelecimento da filiação pouco se alteram" (*Idem*, pp. 523 e 524). Os desvios dizem respeito à PMA heteróloga e à gestação de substituição. Assim, o marido da mulher que venha a ser inseminada com sémen de dador é tido como o pai da criança desde que tenha consentido nas técnicas de PMA nos termos da lei (art. 20.º da LPMA) e não o pai biológico (art. 21.º da LPMA); o mesmo se diga da esposa ou companheira da mãe.

3 Sobre as deficiências do regime criado pela Lei n.º 25/2016 de 22 de Agosto, v., por exemplo, Maria Margarida Silva Pereira, "Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei de Gestação de Substituição", *in Julgar Online,* Janeiro de 2017, pp. 1 a 25, *in* https://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional--o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/ (20.01.2025).

4 Também nós discutimos a constitucionalidade do regime do consentimento da gestante (na redacção da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto), por não se coadunar com o art. 1982.º, n.º 3, do Código Civil, que determina que a mãe biológica não pode consentir na adopção da sua criança antes de decorrerem seis semanas após o parto. Cfr. Eva Sónia Moreira da Silva, *A Desvalorização do Instituto do Casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 238.

5 Acórdão do TC n.º 225/2018 de 07.05.2018 (Pedro Machete), *in* Diário da República, 1.ª série — n.º 87 — 7 de Maio de 2018, pp. 1885-1979. O Tribunal Constitucional considerou que a gestação de substituição decorrente do regime consagrado na Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, era lícita, por possuir as seguintes características: (i) é uma solução excepcional e, "como tal, sujeita a autorização prévia, para situações muito específicas de infertilidade"; (ii) "assume uma *natureza meramente gestacional*" (uma vez que a lei exclui a possibilidade de a gestante contribuir com o seu próprio material genético e obriga a que a criança seja biologicamente filha de, pelo menos, um dos beneficiários), (iii) "pressupõe o *consentimento autónomo* dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade" e (iv) "tem de ser formalizada por via de um contrato *a título gratuito*, previamente autorizado, encontrando-se tal competência autorizativa atribuída ao CNPMA". *Idem*, p. 1898 e p. 1919.

responsabilidades parentais e do estatuto de mãe), sendo este consentimento livremente revogável apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA, uma vez que se lhe aplicavam os mesmos termos do consentimento dos beneficiários (art. 14.º, n.os 4 e 5, da LPMA, na redacção da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto). Isto significava que a gestante iria consentir numa gestação de substituição, sendo devidamente informada das respectivas implicações físicas e legais, mas não podia arrepender-se da sua decisão mais tarde. Contudo, o Tribunal Constitucional entendeu — e bem! — tratar-se de uma violência obrigar a gestante a manter a sua palavra no final da gestação, quando não é previsível saber de antemão como esta se sentirá nesse momento. A gestante até poderá ter iniciado este percurso com muita vontade de ajudar o casal de beneficiários a ser pais — e o Tribunal Constitucional reconhece que é esta vontade, decorrente do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade que torna a figura da gestação de substituição admissível na nossa ordem jurídica — mas vir a mudar de posição mais tarde. Ora, apenas se garante a não instrumentalização da gestante se a sua vontade se mantiver actual. Na verdade, nenhuma mulher saberá com certeza — principalmente se nunca foi mãe [6] — como se sentirá depois da gestação. A gestação implica a troca de material genético entre a gestante e a criança, pelo que nenhuma mulher é fisicamente a mesma depois de ter gestado uma criança; não é só a criança que é afectada fisicamente (porque o é, já que a activação ou não de determinados genes ocorre durante a gestação e em função do respectivo útero em que a criança está implantada): a gestante também o é. E, quer ela queira quer não, pode criar laços com a criança que traz no ventre e que irá dar à luz.

No seguimento desta decisão do Tribunal Constitucional [7], vimos nascer novo figurino legal para a gestação de substituição, decorrente da Lei n.º 90/2021, de 16 de Dezembro.

---

[6] Para obviar esta crítica, o novo regime jurídico da gestação de substituição decorrente da L n.º 90/2021, estabelece no art. 8.º, n.º 3, que a gestante deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe, sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir.

[7] Diana Coutinho apresentava como proposta de solução duas hipóteses: 1) um modelo de transferência judicial da parentalidade, semelhante ao britânico, em que a maternidade é estabelecida *ab initio* a favor da gestante, que decidiria entre 4 a 6 semanas após o parto se exercia ou não o seu direito ao arrependimento; se não o fizesse, seria intentada uma acção judicial de

A nova redação do art. 8.º da LPMA estabelece agora que a gestante pode revogar o seu consentimento até ao registo da criança, ou seja, já depois do seu nascimento [8].

Isto significa que os beneficiários das técnicas de PMA, os pais biológicos da criança, não serão reconhecidos como os seus pais jurídicos, pois, na ausência de outra determinação por parte da LPMA[9], funcionará a regra geral do Código Civil: mãe é aquela que dá à luz[10].

transferência da parentalidade a favor dos beneficiários; se o fizesse, o juiz decidiria o conflito positivo de parentalidade de acordo com o superior interesse da criança; 2) um modelo de transferência legal da maternidade, "condicionada ao exercício do direito ao arrependimento da gestante e respetiva validade da sua renúncia ao estatuto de mãe"; neste caso, a maternidade ficaria indefinida durante o prazo de reflexão, mas estabelecer-se-ia a paternidade do beneficiário que fosse pai biológico da criança *ab initio* por via de perfilhação (regras gerais) ou por via de nova norma a criar na LPMA. Diana Sofia Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 712 a 716.

8 Mais uma vez, a lei não concedeu à gestante um prazo de reflexão (ainda que curto) semelhante ao da adopção, o que é de lamentar. Ainda que o tivesse feito, segundo Margarida Silva Pereira, a solução do estabelecimento de "um prazo curto de «reflexão» (?)" continuaria a não acautelar o "direito à liberdade de decisão consciente sobre a entrega da criança" por parte da gestante. A autora conclui que o regime proposto se limita a uma "tentativa de normação meramente simbólica". Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 4.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2022, p. 1014. Na verdade, a autora entende que esta decisão deverá ficar a cargo da magistratura judicial, já que o "tempo da decisão judicial é o tempo da aferição da estabilidade das emoções, de que o desejo de parentalidade constitui parte integrante" e a autoridade do juiz — isenta e com o devido distanciamento dos interesses das partes — terá um papel insubstituível (*Idem,* pp. 1017 e 1018). A autora critica também o prazo estabelecido — até ao registo da criança (em vez de discriminar os vinte dias que são o prazo máximo para o registo desta e que, mesmo assim, não são um prazo adequado) — pois este peca pela sua indeterminação. Como a maior parte das crianças nasce em ambiente hospitalar e sai do hospital já registada, como pode a gestante ter "tempo de reflexão"? *Idem*, pp. 1022 e 1023.

9 Criticando esta omissão legislativa da LPMA, por poder gerar situações dúbias, e considerando que o legislador devia ter "definido expressamente qual o modelo de estabelecimento da parentalidade em casos de arrependimento da gestante" (podendo, por exemplo, ter recorrido ao modelo referido pelo Tribunal Constitucional, em que o concurso positivo de parentalidade seria resolvido em sede judicial, devendo a solução passar pelo superior interesse da criança, em vez de se cair num modelo de estabelecimento legal da parentalidade, a favor da gestante, como parece ser o caso), Diana Sofia Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, *cit.*, p. 724.

O que dizer do novo figurino legal?

2. CONCURSO POSITIVO DE PARENTALIDADE EM CASO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: QUANDO TRÊS MÃOS EMBALAM O BERÇO

Apesar de tentar dar resposta às questões levantadas pelo Acórdão do Tribunal Constitucional, o novo figurino legal deixou em aberto muitos problemas. Segundo Margarida Silva Pereira, a Lei n.º 90/2021 não teve em consideração o superior interesse da criança ao deixar por regular várias situações (se a parentalidade não está definida no momento do nascimento [11], quem decide quanto à saúde e aos cuidados imediatos de que a criança carece?), como a da morte ou incapacidade das pessoas envolvidas (se a gestante morrer antes de decidir, a parentalidade fica atribuída aos beneficiários? E se for ao contrário?) ou o que fazer caso a gestante decida assumir a maternidade (pode a paternidade estabelecer-se ainda assim, ao menos nos casos em que o beneficiário seja o pai biológico da criança? Pode afastar-se liminarmente, sem apelo nem agravo, a mãe biológica da criança?) [12]. Aparentemente, a lei terá deixado a regulamentação destas questões para o Decreto Regulamentar que deveria ser aprovado, entretanto, mas que nunca o foi. Deixando de parte a

[10] Explicando que o estabelecimento da maternidade no âmbito da procriação medicamente assistida segue, em princípio, as regras gerais previstas no art. 1796.º, n.º 1, do Código Civil ("a mãe é a mulher que tem o parto"), Guilherme de Oliveira (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Manual de Direito da Família*, *cit*., p. 526. O autor acrescenta, no entanto, que estamos perante uma excepção no caso da gestação de substituição (*Idem,* pp. 528 ss.), já que nesta se afastam as regras gerais e a maternidade jurídica cabe à mulher-beneficiária da gestação de substituição.

[11] A autora critica a (falta de) solução legal no que toca ao estabelecimento da filiação da criança durante o prazo de reflexão da gestante, que qualifica como "terra de ninguém", violando-se, desta forma, os seus direitos fundamentais (como o "direito imediato ao estabelecimento de maternidade e paternidade"). V. Maria Margarida Silva Pereira, *A Gestação de Substituição — uma perspetiva de género*, Lisboa, AAFDL, 2024, pp. 577 e 578. Assim, entende que, no momento do nascimento e a fim de proteger o melhor possível a criança, "a gestante é mãe e aos comitentes compete exercer todas as responsabilidades próprias da parentalidade, até ao termo do período de reflexão". *Idem*, p. 580.

[12] Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, *cit*., p. 1014.

discussão da viabilidade de estas matérias — que são substanciais (!) — poderem ser relegadas para legislação meramente regulamentar, vamos limitar-nos a constatar o óbvio: neste momento, ainda não é possível recorrer à figura da gestação de substituição em Portugal. Isso permite-nos, ainda, o ensejo de tentar contribuir para o seu desenho legal.

O problema que aqui nos traz é, precisamente, o do concurso positivo de parentalidade. Como afirma o Tribunal Constitucional, estamos perante dois projectos parentais: o dos pais biológicos, que recorreram a técnicas de PMA e à gestação de substituição por se encontrarem privados de engravidar por outra via, em função de o casal não dispor de um útero que pudesse suportar uma gravidez; o da gestante, que, apesar de, no início dos procedimentos, não pretender ser mãe, acabou por criar laços com a criança que gestou e quer agora enveredar por este caminho.

Tanto os primeiros como a segunda possuem ligação genética com a criança: os primeiros, porque são os seus pais biológicos; a segunda, porque houve troca de material genético com esta *in utero*. Naturalmente, a ligação genética dos primeiros é muitíssimo mais forte do que a ligação genética da segunda. No entanto, enquanto os primeiros não tiveram um contacto físico com a criança durante a gestação, a segunda esteve durante nove meses em contacto permanente com a criança.

Poderia dizer-se que os beneficiários apenas possuem um interesse legalmente protegido [13] para recorrer à gestação de substituição, mas não um verdadeiro direito subjectivo, desde logo porque

[13] Neste sentido, Diana Coutinho entende que, mesmo no modelo de gestação de substituição previsto na nossa lei — altruísta, gratuito, limitado a causas medicamente justificáveis e com ligação genética a pelo menos um dos beneficiários — a admissibilidade desta figura não decorre do reconhecimento de um direito constitucionalmente protegido dos beneficiários a procriar, mas apenas do reconhecimento da protecção de bens e interesses constitucionalmente protegidos (sem lhes ser atribuído o carácter de direitos fundamentais). Segundo a autora, é assim em razão de i) a reprodução através de gestação de substituição ser uma excepção, ficando os seus termos de admissibilidade na dependência do legislador ordinário; ii) a gestação de substituição ser mais próxima da procriação heteróloga (por depender da colaboração da gestante), logo, como considera que não existe um direito constitucional a constituir família por via de PMA heteróloga, por maioria de razão este não pode existir no caso de gestação de substituição. Diana Sofia Araújo Coutinho, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, *cit.*, pp. 406 e 407.

não podem exigir o acesso à gestação de substituição para poderem ser pais [14]. Será esta a posição do Tribunal Constitucional, pois afirma que os beneficiários não podem, por exemplo, revogar o seu consentimento depois de iniciados os procedimentos, já que este "não está necessariamente conexionado com o exercício de direitos fundamentais seus. Aliás (...) os beneficiários não têm um direito fundamental à procriação por via de gestação de substituição; esta última corresponde tão só a uma opção do legislador no sentido de possibilitar a concretização de um projeto parental que, de outro modo, não seria viável" [15].

A entender-se assim, considerando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante à luz do respeito pela dignidade da pessoa humana e a necessidade de o consentimento desta ser actual a fim de não se instrumentalizar a gestante ao projecto parental dos beneficiários, a decisão desta de adoptar o seu próprio projecto parental não poderá ser afastada pelo facto de ter previamente consentido em gestar uma criança a favor de outrem. Não merece reparo a decisão do Tribunal Constitucional a este respeito. No entanto, não concordamos que, para que se respeite a dignidade da gestante e o seu direito a constituir família, se tenha de fazer tábua rasa dos direitos e interesses dos beneficiários.

3. APRECIAÇÃO CRÍTICA DA SOLUÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Na verdade, entendemos que há aqui direitos fundamentais de ambas as partes que é preciso acautelar: tanto a gestante como os beneficiários têm o direito a constituir família (art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). É certo que os beneficiários não conseguem procriar sem ajuda, mas têm direito a procriar. Têm o direito a almejar ser pais. E, em boa verdade, também a gestante não consegue procriar sozinha, tendo beneficiado, neste caso, do material genético dos pais biológicos.

[14] Assim é porque dependem da boa vontade de um terceiro, a gestante. Por isso, não se pode exigir ao Estado que providencie gestantes para cada casal que queira recorrer a esta figura. *Idem,* pp. 411 e 412.

[15] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, *cit*., p. 1921.

Como reconhece o próprio Tribunal Constitucional, "[a] gestação de substituição tem (…) uma *relevância constitucional positiva*, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o *direito* de constituir família e o *direito* de procriar" (itálico nosso) [16].

De facto, o direito fundamental a constituir família, previsto no art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), inclui o direito fundamental a procriar [17]. Aliás, ao impor ao Estado um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida no art. 67.º, n.º 2, al. e), CRP, "a Constituição claramente evidencia a relevância da procriação medicamente assistida para a efetivação do direito fundamental a procriar" [18]. Jorge Miranda e Rui Medeiros, lembram, no entanto, que, tal como sucede com qualquer direito, liberdade e garantia, tal direito não é absoluto, pelo que o acesso às técnicas de PMA pode estar condicionado a condições de admissibilidade, nomeadamente "aos limites constitucionais gerais e, em particular ao princípio da proporcionalidade", excluindo-se as práticas lesivas da dignidade da pessoa humana [19]. Igualmente no sentido de entender que o direito fundamental a constituir família inclui o "direito a ter filhos", mas que é problemático saber "até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito (…) à gestação por «mãe de aluguer»", encontram-se Gomes Canotilho e Vital Moreira [20/21].

---

16 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, *cit*., p. 1910.

17 Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada,* Vol. I, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, Anotação VIII ao art. 36.º da CRP, p. 590.

18 *Idem,* pp. 985 e 986.

19 *Idem,* pp. 590 e 986.

20 J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* — artigos 1.º a 107.º, Vol. I, 4.ª ed., 2007, Anotação X ao art. 36.º da CRP, p. 567. Os autores, na anotação ao art. 67.º, n.º 2, al. e), CRP, explicam que esta norma impõe ao Estado a regulamentação da procriação medicamente assistida mas que com "[a] positivação constitucional desta forma do direito a ter filhos (…) não se reconhece um direito subjectivo a toda e qualquer procriação possível segundo o estado da técnica", excluindo, "desde logo, formas de procriação lesivas da dignidade da pessoa humana" e que tal não garante um direito a prestações do Estado para este efeito. *Idem,* pp. 859 e 860.

21 Já Margarida Silva Pereira defende que "[a] titular do direito a procriar por TRHA é a gestante, pois, como mulher só, é titular do direito a aceder ao

Em suma, ainda que se reconheça a todas as pessoas um direito a procriar, naturalmente, tal não significa que o Estado tenha a obrigação de encontrar uma gestante de substituição para cada casal que não consiga procriar sem o recurso à gestação de substituição. No entanto, o que nos parece que tem de significar é que, a partir do momento em que a gestante concordou em colaborar com o projecto parental dos beneficiários e que a criança nascida através de gestação de substituição é efectivamente sua filha biológica, os beneficiários da gestação de substituição já não têm apenas um mero interesse legalmente protegido (ou mesmo constitucionalmente protegido), mas têm já um *direito fundamental a ser pais daquela concreta criança* [22]. Porque o são, de facto, e o princípio da verdade biológica também tem de ser aqui considerado. Na verdade, este princípio é um dos princípios estruturantes do direito português da filiação: "[a] filiação biológica é a principal modalidade da filiação, ao passo que a filiação adoptiva e por PMA heteróloga são modalidades subsidiárias (…) o critério geral determinante para a constituição do vínculo da filiação é biológico" [23/24]. Ou seja, não minimizamos o papel da gestante, sem a qual os beneficiários nada podem almejar, mas também cremos que não se pode excluir liminarmente os pais biológicos desta equação.

procedimento. E é titular, conferindo-lhe a lei o direito a constituir uma família monoparental, projeto que concretizará ou não, mas que vimos ser-lhe reconhecido". Maria Margarida Silva Pereira, *A Gestação de Substituição — uma perspetiva de género*, *cit*., p. 485.

22 Afirmando que do art. 36.º da CRP — em conjugação com os direitos à integridade pessoal e à identidade pessoal — resulta, além do direito a procriar, um *direito a converter a filiação biológica em filiação jurídica mediante o estabelecimento das correspondentes relações de maternidade e paternidade* (citando a este respeito Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, pp. 86-87, 55-60 e 118-120, embora a propósito do interesse do filho em estabelecer a filiação), Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, cit*., p. 590.

23 Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, pp. 124 e 125.

24 No entanto, também há autores que consideram que "se a dação de gâmetas e a maternidade de substituição se tornarem práticas comuns, seremos levados a considerar paternidade e maternidade como conceitos primariamente sociais e só secundariamente biológicos". Luís Archer, *Da genética à Bioética*, Coimbra, 2006, pp. 231 a 232, *apud* Diogo de Leite Campos/Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 404, considerações a que estes últimos autores parecem aderir.

É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana e a não instrumentalização da gestante têm de significar que esta possa revogar o seu consentimento após o nascimento da criança. Mas porque é que tem de se dar prevalência aos direitos da gestante em prol dos direitos dos pais biológicos ou *vice versa*? Porque não tentar conciliar os dois?

Nos termos do art. 18.º, n.º 2, da CRP, as restrições dos direitos, liberdades e garantias devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Ora, estando em causa, neste caso, uma colisão de direitos fundamentais (do direito a procriar e a constituir família, tanto da gestante como dos pais biológicos), uma colisão de direitos de personalidade, direitos subjectivos iguais (!), ambos devem "ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes" (art. 335.º do Código Civil).

Tal significará a defesa de uma solução de justiça salomónica: as responsabilidades parentais deverão ser exercidas em conjunto pela mãe-gestante e pelos pais biológicos, devendo, por exemplo, numa fase inicial a criança permanecer com a gestante, havendo direitos de visita dos pais biológicos, e, progressivamente, o papel destes na vida da criança vir a crescer, à semelhança do que sucede com a ligação entre o pai e a criança (que se desenvolve depois de esta sair do ventre materno). Esta solução não é muito diferente da que a lei prevê em caso de divórcio ou separação dos pais. O art. 1906.º, n.º 1, do Código Civil determina que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos mesmos termos em que vigoravam na constância do casamento — ainda que não haja acordo dos pais nesse sentido! Só não será assim — cabendo este exercício a apenas um dos progenitores — nos casos em que o tribunal julgue que esta solução é contrária aos interesses do filho (art. 1906.º, n.º 2) [25]. Uma solução semelhante pode perfeitamente

[25] A solução legal que nasceu da lei do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) mereceu duras críticas por parte da doutrina em alguns aspectos. V., por exemplo, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro,* Coimbra, Almedina, 2010 (reimpr.), pp. 63 e ss. e Maria Clara Sottomayor, "Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio", *in* Maria

ser adoptada também no caso de conflito positivo de parentalidades no âmbito da gestação de substituição.

Poderá argumentar-se contra esta solução afirmando que esta justiça salomónica — repartir a criança entre dois projectos parentais — tem em vista conciliar todos os interesses em conflito menos o mais importante: o da criança. E, de facto, na célebre história bíblica, o rei Salomão propõe que a criança seja mesmo partida ao meio, morrendo. Mas também é certo que, em face desta solução apresentada pelo rei, a mãe verdadeira abdicou da criança para salvar a sua vida e foi assim que o rei a conseguiu identificar, ordenando que a criança lhe fosse entregue. Ora, cremos que esta solução da coexistência dos dois projectos parentais também só poderá seguir avante se respeitar o superior interesse da criança. Ou seja, será necessário que tanto a gestante como os pais biológicos sejam capazes de pôr em primeiro lugar os interesses desta [26].

Assim, em bom rigor, concordamos com o Tribunal Constitucional quando afirma que o critério fundamental na determinação de qual deva ser o projecto parental a prevalecer é o critério do superior interesse da criança, a avaliar casuisticamente. Só não achamos que esta solução tenha de implicar necessariamente a prevalência de um projecto parental em detrimento do outro. Na verdade, não podemos deixar de sublinhar o seguinte: a criança também tem o direito a conhecer as suas origens genéticas, também tem o direito à sua

---

Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida (coord.), *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 13 e ss. Entretanto, a regulação do exercício das responsabilidades parentais já sofreu várias alterações (cfr. Lei n.º 5/2017, de 2 de Março, Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, Lei n.º 65/2020, de 4 de Novembro), nomeadamente tendo em consideração as críticas relativas ao regime inicialmente previsto ser cego à eventual existência de violência doméstica. Actualmente, o art 1906.º-A do Código Civil já afirma expressamente que a existência de violência doméstica (e de outras formas de violência em contexto familiar) pode ser fundamento para o exercício em comum das responsabilidades parentais ser julgado contrário aos interesses do filho.

[26] De forma semelhante, a propósito da determinação da residência da criança em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o art. 1906.º, n.º 5, estabelece que "[o] tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais *e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro*" (itálico nosso).

historicidade pessoal, também tem o direito a saber de onde provém [27/28]. Não terá o direito a conhecer, a conviver e a crescer com os seus pais biológicos? Não é do seu superior interesse manter laços com todas as partes [29]?

Cremos que sim.

De facto, por reconhecer que é do interesse da criança manter contacto com ambos os pais, é que a nossa lei evoluiu no sentido de as responsabilidades parentais serem exercidas em conjunto por ambos os progenitores, mesmo que não haja acordo de ambos neste sentido [30]. O art. 1905.º, n.º 8, di-lo expressamente: "O tribunal decidirá sempre de harmonia com o *interesse do menor*, incluindo o de *manter uma relação de grande proximidade com os dois*

---

27 "Os princípios constitucionais preceptivos de Direito da Filiação compreendem o direito à identidade pessoal e genética". Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, *cit*., p. 83. O autor explica que o direito de constituir um vínculo jurídico de filiação não adoptiva assiste quer ao pai quer ao filho. *Idem,* p. 84.

28 O direito à identidade pessoal é um direito fundamental consagrado no art. 26.º da CRP. Consiste não só no direito a ter um nome, como também no direito à historicidade pessoal (o direito a saber quem são os progenitores). Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família, cit*,, p. 50. Sobre o direito à identidade genética, v., por exemplo, o nosso Sónia Moreira, "Direito à identidade (genética) versus direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no direito português", *in Revista do CEJ*, 2018 — I, pp. 197 a 213.

29 Também Margarida Silva Pereira entende que é duvidoso que a "exclusão dos comitentes da vida privada e familiar da criança", quando estes queiram assumir a parentalidade, seja compatível com o seu superior interesse. Maria Margarida Silva Pereira, *A Gestação de Substituição — uma perspetiva de género*, *cit*., p. 605. Na verdade, a autora entende que faz sentido o estabelecimento da paternidade da criança a favor do comitente que seja biologicamente seu pai, sendo do superior interesse desta a existência, assim, de dois progenitores. *Idem*, pp. 606 e 607. Conclui também ser do superior interesse da criança que o comitente que pretende assumir a paternidade seja o pai, ainda que não tenha sido o doador do material genético e, por maioria de razão, sendo a comitente doadora de material genético a pessoa no interesse de quem a "ordem jurídica reconheceu (…) o direito de recorrer à GS", também esta não deve ser arredada do contacto com a criança. *Idem,* pp. 612 e ss.

30 Sobre a evolução da regulação das responsabilidades parentais, v., por exemplo, Sónia Moreira, "Igualdade de género e parentalidade", *in* Patrícia Jerónimo (coord.), *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 119 ss.; Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,* 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022 (reimpr.)

progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam *amplas oportunidades de contacto com ambos* e de partilha de responsabilidades entre eles" (itálico nosso). Porque deveria ser diferente no caso da gestação de substituição?

Em suma, nos casos de conflito positivo de parentalidade, em que tanto a gestante como os beneficiários da gestação de substituição querem assumir o seu projecto parental, a determinação da filiação poderá ir no sentido de se reconhecer uma parentalidade a três mãos, desde que esta seja do superior interesse da criança [31].

4. CONCLUSÕES

— o direito fundamental a constituir família inclui o direito a procriar;
— a gestação de substituição é uma forma de os casais que sofram de uma impossibilidade clínica de atingir uma gravidez poderem exercer este direito; ainda que se entenda que se está apenas perante um interesse constitucionalmente protegido (já que os beneficiários não têm o direito de exigir que o Estado lhes providencie uma gestante), esta situação muda quando se está perante uma gestação de substituição já concretizada, em que os beneficiários são os pais biológicos daquela concreta criança, situação em que se lhes tem de reconhecer o direito fundamental de exercer a sua parentalidade;
— a gestante também tem o direito a constituir família e, em prol da sua não instrumentalização ao projecto parental dos beneficiários e em respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, também tem o direito a revogar o seu consentimento, não abdicando das responsabilidades parentais e assumindo o seu próprio projecto parental;
— a nova redacção da LPMA implica que esta revogação dê azo ao estabelecimento da maternidade a favor da gestante, por

[31] Em sentido semelhante, MARGARIDA SILVA PEREIRA entende que pode ser do superior interesse da criança o estabelecimento de uma parentalidade tripartida ou mesmo de uma "multiparentalidade, que será excecional — um estatuto criado *ex novo* e *ex voluntate* — [e que] implicará, na medida do possível, sempre o acordo das partes e a intervenção de instância judicial". MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *A Gestação de Substituição — uma perspetiva de género*, *cit.*, p. 643.

aplicação das regras gerais (já que a LPMA é omissa a este respeito), dando prevalência ao seu projecto parental em detrimento do dos beneficiários;
— tal solução não respeita o art. 18.º, n.º 2, da CRP, pois não tem em consideração os direitos fundamentais dos beneficiários, que são completamente postos de parte; desta forma, temos sérias dúvidas no que toca à constitucionalidade desta solução legal;
— em caso de concurso positivo de projectos parentais, não tem necessariamente de se dar prevalência a um dos projectos parentais, podendo as responsabilidade parentais ser exercidas em conjunto pelos beneficiários e pela gestante, já que esta situação é similar à do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação dos pais da criança; esta solução corresponde à da limitação proporcional de cada um dos direitos fundamentais envolvidos, para que todos possam ser respeitados na medida do possível;
— ainda assim, esta solução de justiça salomónica apenas poderá aplicar-se se respeitar o critério fundamental do superior interesse da criança, a determinar casuisticamente;
— para tanto, há também que considerar que a criança tem direito a conhecer as suas origens genéticas e tem o direito a conviver com os seus pais biológicos.

BIBLIOGRAFIA

Campos, Diogo de Leite/Campos, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023

Canotilho, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada — artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª ed., 2007

Coutinho, Diana Sofia Araújo, *As Problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, 2022

Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada,* Vol. I, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017

Moreira, Sónia, "Direito à identidade (genética) versus direito à reserva sobre a intimidade da vida privada no direito português", *in Revista do CEJ*, 2018 — I, pp. 197-213

Moreira, Sónia, "Igualdade de género e parentalidade", *in* Patrícia Jerónimo (coord.), *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 119-138

OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma/duas — O contrato de gestação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992

OLIVEIRA, Guilherme de, (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021

PEREIRA, Maria Margarida Silva, "Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei de Gestação de Substituição", *in Julgar Online,* Janeiro de 2017, pp. 1 a 25, *in* https://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/ (20.01.2025)

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, 4.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2022

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *A Gestação de Substituição — uma perspetiva de género*, Lisboa, AAFDL, 2024

PINHEIRO, Jorge Duarte, "Mãe Portadora — A problemática da maternidade de substituição", *in* Jorge Duarte Pinheiro, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 107 a 129

PINHEIRO, Jorge Duarte, "Procriação Medicamente Assistida", *in* Jorge Duarte Pinheiro, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 39-72

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023

RAPOSO, Vera Lúcio, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Desvalorização do Instituto do Casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2019

SOTTOMAYOR, Maria Clara, "Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio", *in* Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida (coord.), *E Foram Felizes para Sempre…? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010

SOTTOMAYOR, Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,* 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022 (reimpr.)

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro,* Coimbra, Almedina, 2010 (reimpr.)

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do TC n.º 225/2018, de 07.05.2018 (Pedro Machete), *in* Diário da República, 1.ª série — n.º 87 — 7 de Maio de 2018, pp. 1885-1979

ÍNDICE

Nota Introdutória 5

A necessidade de respostas jurídicas para preservar o Direito Fundamental ao casamento em Espanha e a questão dos casamentos de conveniência 7
Alfonso Ortega Giménez

A suspensão ou recusa da execução de decisões privilegiadas de regresso no rapto internacional de crianças 33
Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Mecanismos sucesorios de protección de personas con discapacidad en el entorno familiar 49
Andrés Domínguez Luelmo

A vulnerabilidade da pessoa idosa no Direito Sucessório 87
Cristina Dias

Pessoas idosas sós, prestação de cuidados e interpretação do testamento: disposições a favor de pessoa incerta, disposições condicionais e disposições modais 117
Daniel de Bettencourt Rodrigues Morais

La guarda de hecho de las personas con discapacidad en el Derecho Español 151
Ignacio Gallego Domínguez

A Proposta de Regulamento Europeu sobre a Filiação em Direito Internacional Privado: primeiras impressões 195
Jéssica Marques Ferreira

Equiparação legaldas uniões de facto ao casamento no acesso à pensão de viuvez segundo o Direito espanhol? 227
Lucía del Saz Domínguez

A obrigação alimentar entre ex-cônjuges e o prolongamento do dever de assistência no Código Civil Português..... 249
Luiza Fernandes Oliveira Couto

Rapto Internacional: estudo da jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da Convenção de Haia — Aspectos Civisdo Rapto Internacional de Crianças 267
Luiza Tosta Cardoso Franco

Hijos menores y violencia de género. La suspensión del régimen de visitasdel padre maltratador 293
Nieves Martínez Rodríguez

Direito de disposição dos bens a título gratuito e doações indiretas — tutela dos designados legitimários em vidado disponente 333
Rita Lobo Xavier

A averiguação oficiosa e os *(des)encontros* no Código Civil e no Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro) 351
Rossana Martingo Cruz

Família (des)unida é família (des)protegida? As soluções patrimoniais para a União de Facto mais de vinte anos volvidos da Lei 7/2001 de 11 de maio 367
Sofia Ferreira da Costa

Gestação de Substituição: quando três mãos embalam o berço..... 385
Sónia Moreira

Índice..... 403



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

VULNERABILIDADE E A FAMÍLIA:
QUE RESPOSTAS NO SÉCULO XXI?
ATAS DO III CONGRESSO IBÉRICO DE DIREITO
DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

GRUPO GESTLEGAL
9 789899 319219