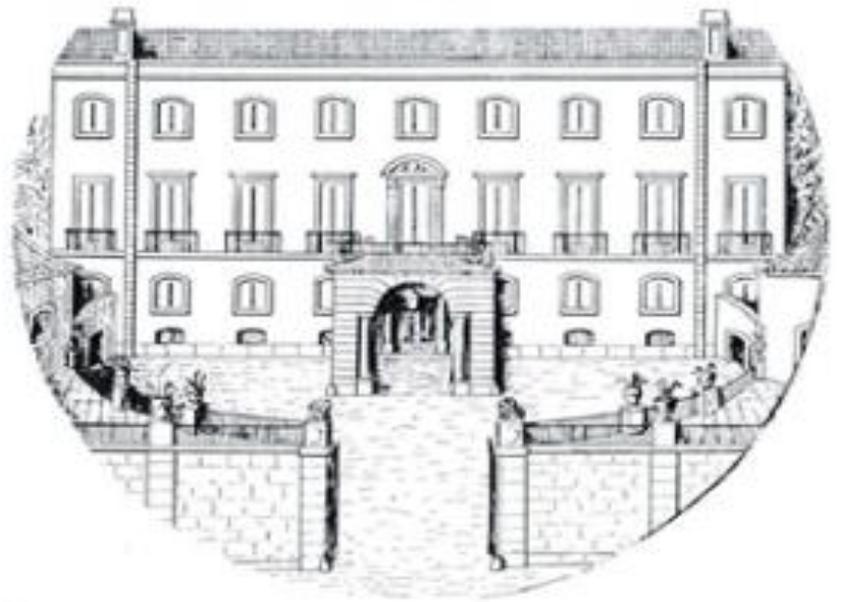


**XII Conferencia Trilateral
7-10 de octubre 2010
Roma**



**O direito de familia na jurisprudência
do Tribunal Constitucional Protugês**

Portugal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conferência Trilateral Itália | Espanha | Portugal
XII Conferência



RELATÓRIO
Português

“O DIREITO DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS”

“Elaborado pelo Juiz Conselheiro João Cura Mariano”

Roma, 7 a 10 de Outubro de 2010



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O DIREITO DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Sumário:

- I – Introdução.
- II – Parâmetros constitucionais específicos do Direito de Família.
- III – Uma crónica da jurisprudência do Tribunal Constitucional:
 - 1. O reconhecimento jurídico das uniões de facto.
 - 2. O casamento entre pessoas do mesmo sexo.
 - 3. O divórcio por constatação da ruptura do casamento.
 - 4. O estabelecimento da filiação.
 - 5. A procriação heteróloga.
 - 6. A menoridade do adoptando como requisito da adopção.
 - 7. O direito a alimentos do filho menor.

I – INTRODUÇÃO

Aprovada na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974, a Constituição de 1976, na área do Direito de Família, reflectiu sobretudo a necessidade de provocar profundas alterações no regime legal até aí vigente, de modo a traduzir a rejeição pela consciência dominante de soluções francamente desajustadas à evolução social ocorrida após a II Guerra Mundial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Código Civil de 1966, em consonância com o regime político vigente, havia permanecido indiferente aos ideais de democratização da família que reclamavam uma igualdade de estatuto entre homem e mulher e a ausência de qualquer discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, tal como não se apercebeu do progressivo enfraquecimento das referências externas conferidas à relação conjugal pela tradição, pela moral, pela religião e pelo Direito. Elegia-se o marido como chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade, por regra, decidir em todos os actos da vida conjugal comum, não se permitia o divórcio dos casamentos católicos celebrados após a Concordata com a Santa Sé de 1940, apenas se admitindo nos restantes casamentos como sanção para um incumprimento culposo dos deveres conjugais, não eram minimamente reconhecidas as uniões de facto, a adopção era objecto de severos condicionamentos e qualificavam-se como ilegítimos os filhos nascidos fora do casamento, sendo-lhes conferido um estatuto desfavorável, relativamente aos filhos nascidos do casamento.

A intervenção do legislador constituinte visou, em primeira linha, inconstitucionalizar este quadro de soluções, obrigando o legislador ordinário a mudar o rosto do Direito de Família, em sintonia com o “espírito do tempo”, o que foi levado a cabo primordialmente pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que introduziu profundas alterações no Livro do Código Civil dedicado a esta área das relações jurídico-privadas.

Apesar desta finalidade poder ser obtida pela aplicação de princípios estruturantes do Estado de Direito democrático, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade, a Constituição de 1976 não prescindiu de os reflectir expressa e especificamente no domínio das relações familiares, numa desejada manifestação de repúdio pelo quadro legislativo anterior.

Além disso, na prossecução de um Estado social de Direito, incumbiu este de proteger a família, a paternidade, a maternidade e a infância, definindo áreas específicas de intervenção e as linhas mestras das políticas a desenvolver.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Entretanto a vida mudou. A realidade familiar nos países ocidentais industrializados revelou importantes e rápidos desenvolvimentos.

Intensificou-se a tendência da família ser encarada pelos seus membros como um espaço de busca de felicidade e de realização pessoal, numa perspectiva individualista, funcionando como um sistema de referências internas, baseado no compromisso privado, cada vez mais imune a interferências externas reguladoras dos ordenamentos tradicionais.

O aumento exponencial do número de divórcios trouxe consigo um número simultaneamente crescente de famílias monoparentais e de crianças que passaram a viver com os novos cônjuges ou companheiros dos seus pais.

Paralelamente, as taxas de fertilidade entraram em declínio dramático e generalizado que não foi contrariado pela possibilidade de recurso às modernas técnicas de reprodução medicamente assistida.

A possibilidade de uma criança nascer e crescer no seio de famílias sem ter laços biológicos com ambos os pais ou, pelo menos, com um deles, aumentou consideravelmente.

Contudo, acentuou-se a importância do reconhecimento da filiação biológica, por força dos progressos da ciência genética, que passaram a permitir a certeza na determinação da filiação através de testes de ADN, e da valorização do direito da criança a conhecer as suas origens.

Ao mesmo tempo que subiam as taxas de divórcio, assistiu-se à diminuição do número de casamentos, à elevação da idade dos nubentes que casam pela primeira vez e ao crescimento das uniões de facto.

O mundo global passou a favorecer o aumento das relações familiares multiculturais.

Assumiram-se casais compostos por pessoas do mesmo sexo, reclamando o acesso ao casamento.

Há cada vez mais quem opte por ficar só e quem acabe por ficar só.

Esta rápida evolução no sentido da pluralidade e diversidade de formas e conteúdos das relações familiares pressionou o legislador ordinário a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constantes adaptações legislativas de modo a que o Direito respondesse aos desafios lançados pelas novas realidades sociais.

Assim, foram sendo atribuídos aos unidos de factos muitos dos direitos titulados pelos cônjuges, facilitou-se a adopção e o divórcio, enfatizaram-se os interesses da criança, conferiu-se maior relevância à descoberta da verdade biológica, regulamentou-se a procriação através de técnicas de reprodução medicamente assistida, e reconheceram-se os casais compostos por pessoas do mesmo sexo, permitindo-se inclusive o acesso destes ao casamento. Na relação jurídica matrimonial, apesar das propostas de atenuação da imperatividade de muitos conteúdos reguladores, foram ainda ténues os avanços legislativos nesse sentido.

A Constituição de 1976, pensada e aprovada quando todos estas novas questões não se colocavam, nas suas sucessivas revisões apenas impôs a regulamentação da procriação medicamente assistida, mantendo os registos de antigas lutas, num sinal que se optou por deixar na liberdade de conformação do legislador ordinário o acompanhamento dos rápidos desenvolvimentos da realidade social, sendo considerados suficientes os princípios estruturantes do Estado de direito democrático para balizar as opções legislativas neste domínio.

II - PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO DIREITO DA FAMÍLIA

A Constituição de 1976, por um lado, incluiu na categoria dos direitos, liberdades e garantias um conjunto de princípios no âmbito do direito da família (artigo 36.º), directamente aplicáveis e vinculando entidades públicas e privadas (artigo 18.º), e, por outro lado, incumbiu o Estado de adoptar políticas de protecção à família, à paternidade, à maternidade e à infância, conferindo os correspondentes direitos sociais aos beneficiários dessas políticas (artigos 67.º, 68.º e 69.º).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. O direito de constituir família

O artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, enuncia o direito a constituir família em condições de plena igualdade, garantindo a todos a liberdade de estabelecer laços de convivência e de partilha de vida, mais ou menos intensos, com outras pessoas, e de procriar, assegurando descendência.

O direito de constituir família compreende, pois, não só o direito de estabelecer vida em comum, mas também o direito de procriar, o qual, nos casos de impossibilidade de reprodução natural, poderá também incluir a reprodução médica assistida.

2. O direito à celebração do casamento

O artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, dispõe também que *todos têm direito de contrair casamento em condições de plena igualdade*, acrescentando o n.º 2, do mesmo preceito, que *a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração*.

O texto constitucional procurou garantir a todos a liberdade de contrair ou não casamento e de escolher cônjuge, não admitindo que alguém seja obrigado a casar-se, ou a fazê-lo com quem não desejar, nem permitindo que essa decisão possa estar dependente da autorização de terceiro ou limitada por condicionamentos a determinadas profissões.

Ao garantir um livre acesso ao casamento a Constituição também impôs ao legislador ordinário a manutenção desta figura jurídica, conferindo-lhe, contudo, uma ampla competência para definir os seus requisitos e efeitos.

Impôs-se ainda a previsão do divórcio como causa de dissolução do casamento, dispondo também aqui o legislador numa ampla liberdade de conformação dos requisitos e efeitos do divórcio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. A igualdade dos cônjuges

O artigo 36.º, n.º 3, da Constituição, consagra o princípio da igualdade dos cônjuges, determinando que estes têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

O legislador constitucional de 1976 ao reafirmar no âmbito das relações conjugais o princípio geral da igualdade, na vertente da não discriminação em razão do sexo, visou manifestar o repúdio pela orientação até aí vigente de atribuição da "chefia da família conjugal" ao cônjuge-marido, como forma de salvaguardar a unidade da família e de defender uma certa ordem social.

Este princípio vale também para as relações familiares de união de facto.

4. A não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento

O artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, consagra o princípio da igualdade entre os filhos, pondo cobro à distinção formal e substancial entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento, não permitindo o uso de quaisquer designações discriminatórias, nem a adopção de qualquer regime legal que desfavoreça a posição dos últimos, com excepção das medidas que se imponham pela própria diversidade das condições de nascimento.

5. A atribuição aos pais do poder-dever de educar e manter os filhos

O artigo 36.º, n.º 5, da Constituição, atribui aos pais o poder-dever de educar e prover ao sustento dos filhos, garantindo-lhes o n.º 6, do mesmo artigo, que os filhos não poderão ser separados dos pais, salvo mediante decisão judicial quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Reconhece-se aqui a primazia da intervenção de ambos os progenitores na tarefa de educação, acompanhamento e orientação dos filhos, e do dever de prover ao seu sustento de acordo com as suas capacidades.

6. A previsão da adopção

A Revisão Constitucional de 1982 introduziu o n.º 7, do artigo 36.º, segundo o qual a adopção é regulada e protegida nos termos da lei, tendo a Revisão Constitucional de 1997 aditado que o legislador deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

Com a previsão no texto constitucional da figura da adopção, a sua previsão passou a estar garantida pela Constituição, não podendo o legislador ordinário suprimi-la ou desfigurá-la no seu núcleo essencial, apesar de dispor de ampla liberdade de modelação.

7. A protecção da família, da paternidade, da maternidade e da infância

Os artigos 67.º, 68.º e 69.º, da Constituição, impõem ao Estado a protecção da família, da paternidade e maternidade, e da infância, respectivamente, especificando alguns dos domínios onde deve incidir este dever de protecção.

Como correlativo destes deveres de protecção são atribuídos os correspondentes direitos sociais aos beneficiários da protecção imposta.

Assim, relativamente à família, sendo esta encarada na sua multiplicidade de formas e conteúdos, incumbe ao Estado promover a sua independência social e económica; promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; cooperar com os pais na educação dos filhos; garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; e promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

No que respeita à protecção à paternidade e maternidade, definiu-se que os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país, tendo as mulheres direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, e as mães e os pais trabalhadores ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.

Relativamente à protecção à infância, é assegurado que as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições, sendo proibido o trabalho de menores em idade escolar. O Estado deve ainda assegurar especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

III - UMA CRÓNICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. O reconhecimento jurídico das uniões de facto

A existência de relações interpessoais de comunhão de vida não formalizadas, mas em tudo idênticas às constituídas pela celebração de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

casamento (*união de facto*), sempre foi uma realidade mais ou menos ignorada pelo Direito.

Após a Revolução Francesa fez escola durante muito tempo a afirmação de Napoleão "*les concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux*".

Em Portugal até à profunda reforma do Direito de Família operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, essas situações apenas eram consideradas, excepcionalmente, para a consagração de efeitos completamente alheios ao reconhecimento de qualquer estatuto jurídico a essa realidade (v.g. os artigos 1860.º, c), e 1862.º, do C.C. que incluíam como uma das situações em que se admitia a acção de investigação de paternidade, a existência duma comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges).

Contudo, a crise do casamento que se manifestou nas últimas décadas do século passado, acompanhada duma crescente opção pelo estabelecimento de relações de união de facto, deu força a uma realidade social cuja importância não podia mais deixar de suscitar a intervenção do Direito.

E foi esse reconhecimento jurídico, normalmente obtido através da extensão aos membros destas uniões dos mais diversos direitos atribuídos pela ordem jurídica aos cônjuges, que começou a ser reclamado, em nome de uma visão alargada do direito à protecção da família.

O referido Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, iniciou um movimento legislativo de atribuição de efeitos jurídicos às relações de união de facto, com a consagração no artigo 2020.º, do C.C., de um direito a alimentos por morte de um dos seus membros ao companheiro sobrevivente, a satisfazer pela herança daquele. Seguiu-se a atribuição esparsa de outros direitos aos membros das uniões de facto, sobretudo quando se verificava a morte de um deles, em matérias como o arrendamento, as relações laborais e a segurança social, até que a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, posteriormente alterada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, veio a enunciar num só diploma os diversos direitos atribuídos por lei às pessoas que vivem em união de facto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Concomitantemente com este movimento legislativo têm sido endereçados ao Tribunal Constitucional vários pedidos de apreciação da constitucionalidade de normas ou interpretações normativas que recusam conceder aos membros das uniões de facto, direitos que assistem às pessoas casadas.

Na análise destas questões, o Tribunal Constitucional tem partido da leitura que a família que, nos termos dos artigos 36.º, n.º 1, e 67.º, da C.R.P., merece a protecção do Estado, não é só aquela que se funda no matrimónio, mas também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente, à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento. Defende-se que o direito a escolher viver em tal comunidade de afectos, modelada por vontade própria à margem dos efeitos civis do casamento, tem assento constitucional – seja através da disjunção que o n.º 1 do artigo 36.º da CRP estabelece entre o “direito de constituir família” e o “direito de contrair casamento”, seja através da cláusula de liberdade geral de actuação que vai inscrita no direito ao desenvolvimento da personalidade, contido no n.º 1 do artigo 26.º da C.R.P. E, tendo tal direito (o de escolher viver em união de facto) assento na Constituição, o mandato constitucional de protecção da família necessariamente inclui um dever de tutela das referidas uniões estáveis e duradouras, análogas às dos cônjuges (vide, por todos, o Acórdão n.º 651/09).

Daqui tem-se concluído que do disposto nos artigos 36.º, n.º 1, e 67.º, da Constituição, decorre um dever do legislador de não coarctar ou obstaculizar, de forma desrazoável, a liberdade de formação de uniões de facto, podendo, em determinadas circunstâncias, as diferenças entre os regimes normativos aplicáveis aos cônjuges e os aplicáveis, apenas, aos unidos de facto merecer censura constitucional, se se demonstrar que tais diferenças são, em si mesmas, produtoras de coacções, não justificadas e intoleráveis, da “liberdade de não casar”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No entanto, o Tribunal Constitucional não têm deixado de enfatizar que do referido mandato constitucional se não pode extrair um dever genérico dos poderes públicos dispensarem igual amparo a todo o género de unidades familiares, indiferenciadamente e sem matizes, não se impondo uma equiparação geral do regime da família fundada no casamento e da família não assente no matrimónio, reconhecendo expressamente que o legislador ordinário, neste campo, goza de uma ampla margem de conformação.

Daí que se constate que nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional neste domínio, o parâmetro constitucional que se mostrou decisivo nos juízos de fiscalização da constitucionalidade das normas ou interpretações normativas questionadas não foi o princípio da igualdade, mas sim o princípio da proporcionalidade, ínsito ao modelo do Estado de direito democrático, conjugado com o direito de constituir família e o correspondente dever do legislador ordinário lhe assegurar mecanismos de protecção.

Saber, em cada caso, se a solução consagrada pelo legislador ordinário, tendo como referência as regras adoptadas para os cônjuges, resulta numa desprotecção excessiva da família constituída com base numa união de facto, perante os interesses presentes, foi a tarefa que mobilizou o Tribunal Constitucional nestes recursos.

Contudo, nos primeiros casos em foi colocada a questão da inconstitucionalidade do não reconhecimento aos membros duma união de facto de direitos atribuídos pela lei aos cônjuges, ela foi decidida, não no quadro do direito à protecção da família, mas sim com recurso à proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento imposta pelo n.º 4, do artigo 36.º, da Constituição, por se ter entendido que o não reconhecimento a esses casais desses direitos resultava num tratamento discriminatório dos seus filhos.

Isso ocorreu nos Acórdãos n.º 359/91, em que estava em causa a transmissão do direito ao arrendamento da casa de morada de família em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, quando existiam filhos menores (artigo 1110.º, do C.C.); n.º 1221/96, respeitante à constituição judicial



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de arrendamento a favor de um dos cônjuges da casa de morada de família comum ou própria do outro cônjuge, existindo filhos menores (artigo 1793.º, do C.C.); e n.º 286/99, relativo à preferência na colocação dos professores do ensino preparatório e secundário na localidade onde o cônjuge prestava serviço como funcionário público, quando existissem filhos menores (artigos 42.º, n.º 1, e 46.º, do Decreto-Lei n.º 18/88, de 21 de Janeiro). Nestes arestos formularam-se juízos de inconstitucionalidade das soluções que não estendiam esses direitos aos membros das uniões de facto, por violação da proibição de discriminação entre filhos nascidos do casamento e filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4, da Constituição). Em todas estas situações se entendeu que, envolvendo elas indirectamente o interesse dos filhos menores, não podiam ser consagradas soluções diferentes para os casais unidos pelo casamento e para os casais a viver em união de facto que tivessem filhos menores, sob pena dos filhos destes últimos terem um tratamento menos favorável, com violação do imposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição.

O Tribunal Constitucional veio a enfrentar directamente o problema do reconhecimento jurídico das uniões de facto focado em duas grandes questões: a exclusão da atribuição de um direito de indemnização por responsabilidade civil, em caso de morte de uma pessoa, pelos danos não patrimoniais sofridos por aquele que convivia com a vítima em situação de união de facto, e a exigência de requisitos adicionais para os unidos de factos terem direito às prestações sociais por morte do companheiro quando este fosse beneficiário do sistema de segurança social público.

O Código Civil de 1966, no artigo 496.º, n.º 2, em caso de morte, atribuiu a determinados familiares da vítima (primeiro, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e os filhos ou outros descendentes; na falta destes, os pais ou outros ascendentes; e, por último, os irmãos ou sobrinhos que os representem), um direito de indemnização pelos danos morais que aquela morte lhes tenha causado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Acórdão nº 275/02, julgou inconstitucional, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, essa norma, na parte em que, em caso de morte por crime doloso, excluía a atribuição de um direito de indemnização por danos não patrimoniais pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges.

Para este juízo foi decisivo, como resulta aliás da explicação dada em arestos posteriores, a ideia de que carecia de qualquer justificação atendível a solução de excluir de pleno e em abstracto todos e quaisquer danos não patrimoniais sofridos pessoalmente por quem convivia com a vítima de um homicídio doloso em condições análogas às dos cônjuges, em resultado do falecimento do seu companheiro.

Salientou-se, assim, que, para a “compensação dos sofrimentos e da dor sofridos por quem convivia com a vítima de um homicídio doloso em condições análogas às dos cônjuges”, não podia proceder, nem a justificação da solução do artigo 496.º, n.º 2, “consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, nem a que valoriza a necessidade de uma solução certa, já que a expectativa do lesante de se não ver confrontado com um número não definido de pretensões indemnizatórias não merece protecção e o titular do direito à compensação se encontra perfeitamente determinado”. E ainda se verificou, “com relevo para a determinação dos limites da discricionariedade legislativa”, que a solução normativa em apreço se reporta a um problema que se afigura como “inadequado para a prossecução de eventuais objectivos políticos de protecção ou incentivo ao casamento”, não só por estar em causa compensar um dano, normalmente de grande gravidade, como por este resultar de “um evento que é evidentemente imprevisível (um homicídio doloso)”, além de constituir um obstáculo injustificado à protecção constitucional da família não fundada no casamento.

Essencial, como se veio a certificar em acórdãos posteriores, foi a circunstância do evento danoso consubstanciar a prática de um crime doloso, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

não merecer tutela o eventual interesse do homicida em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio.

Na verdade, a mesma dimensão normativa, em situações em que a morte resultou de acidente de viação, não tendo sido dolosamente provocada, já não foi julgada inconstitucional (Acórdãos n.º 86/07, 87/07 e 210/07).

Nestes casos, a justificação que presidiu à solução restritiva do artigo 496.º, n.º 2, do C.C., consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, já se revelou procedente, tendo-se atendido a estarem em causa simples infracções de regras legais de circulação rodoviária e de deveres de cuidado, com mera negligência do lesante, das quais vieram a resultar os acidentes de viação causadores da morte. Nestas situações, já não se detectou qualquer falta grosseira ou evidente de adequação entre a dimensão normativa ora em apreço e as finalidades daquela delimitação, não estando o legislador impedido, no âmbito da sua liberdade de conformação, de atender à conveniência em que os lesantes civis por mera culpa se não vejam assoberbados por pretensões indemnizatórias deduzidas por um número ilimitado de pessoas, dada a frequência estatística de situações como a dos autos, designadamente não concedendo esse direito de indemnização aos que vivem em união de facto com a vítima.

A outra grande questão que tem conduzido o Tribunal Constitucional a abordar o reconhecimento jurídico das uniões de facto respeita à existência de requisitos adicionais, relativamente aos exigidos às pessoas casadas, para os unidos de facto terem direito às prestações sociais por morte do companheiro quando este é beneficiário do sistema de segurança social público.

Como expressão de um Estado-Providência este assegura, no nosso sistema, a protecção por morte dos beneficiários abrangidos pelo regime geral de segurança social, mediante a concessão aos familiares próximos do falecido de prestações continuadas, embora não necessariamente vitalícias - as pensões de sobrevivência e os subsídios de assistência - e de uma prestação única - o subsídio por morte.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O pagamento destas prestações sociais às pessoas que vivam com o falecido, em condições análogas às dos cônjuges, mas que não sejam casadas, foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, que alterou a redacção dos artigos 40.º e 41.º, do Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março (Estatuto das pensões de sobrevivência do funcionalismo público), relativamente aos funcionários e agentes da Administração Pública, e pelo Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, no âmbito do regime geral da segurança social, que uniformizou as regras relativas às mencionadas prestações sociais, tendo este direito sido reconhecido posteriormente nas acima referidas Leis n.º 135/99, de 28 de Agosto (artigo 3.º, f), e 6.º), e 7/2001, de 11 de Maio (artigo 3.º, f, e 6.º), como um dos efeitos das relações de união de facto.

Estes diplomas exigiam para que fosse reconhecido o referido direito que o interessado demonstrasse em acção judicial encontrar-se nas condições exigidas pelo artigo 2020.º, do C.C., e que são as seguintes :

a) o demandante encontrar-se em situação análoga à dos cônjuges com beneficiário da segurança social, não casado ou separado judicialmente de pessoas e bens, na data da morte deste ;

b) essa situação ter uma duração superior a dois anos ;

c) o demandante estar carenciado de alimentos, entendendo-se por alimentos tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário (artigo 2003.º, do C.C.);

d) o demandante não ter cônjuge ou ex-cônjuge, descendentes, ascendentes ou irmãos em condições de lhe prestarem os alimentos de que carece.

Foi colocada ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade da interpretação do artigo 8.º, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro (regime geral da segurança social), segundo o qual a atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social, a quem com ele convivia em união de facto, depende da verificação de todos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 2020.º, por violar o princípio da igualdade,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

na medida em que estabelece um regime que condiciona a atribuição da pensão a condicionantes que não são exigidas aos cônjuges.

O Acórdão n.º 195/03 começou por não julgar inconstitucional esta interpretação, tendo entendido que existiam diferenças importantes que o legislador pode considerar relevantes, entre a situação de duas pessoas casadas, e de duas pessoas que, embora convivendo há mais de dois anos “em condições análogas às dos cônjuges”, optaram, diversamente, por manter no plano de facto a relação entre ambas, sem juridicamente assumirem e adquirirem as obrigações e os direitos correlativos ao casamento, justificando essas diferenças. Não se vislumbrou também que a solução questionada violasse o princípio da proporcionalidade, uma vez que dela não resultava uma desprotecção injustificada da família não fundada no casamento.

Já o Acórdão n.º 88/04, julgou inconstitucional interpretação idêntica das normas do Estatuto das pensões de sobrevivência do funcionalismo público, por considerar violado o princípio da proporcionalidade ínsito no modelo de Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º, da C.R.P, tendo-se entendido que os condicionamentos colocados à atribuição de uma pensão de sobrevivência ao unido de facto eram excessivos.

Os Acórdãos n.º 159/05 e 233/05 voltaram a julgar não inconstitucional a mesma interpretação, tendo o Plenário do Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 614/05, em recurso interposto do Acórdão n.º 159/05, por contradição com o decidido no acima referido Acórdão n.º 88/04, confirmado aquela decisão.

Entre outros, o Acórdão n.º 517/06 voltou a decidir no mesmo sentido, assim como os Acórdãos n.º 134/07 e 651/09, este último também deliberado em Plenário.

Ainda dentro desta temática, mas não respeitando ao problema da inconstitucionalidade do não reconhecimento aos membros duma união de facto de direitos atribuídos pela lei aos cônjuges, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 57/95, encarou a questão da constitucionalidade do tratamento fiscal, em



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sede de IRS, alegadamente mais desfavorável do rendimento dos agregados familiares fundados no casamento em comparação com os contribuintes unidos de facto ou solteiros. Apesar de se admitir que “a constatação de que a tributação conjunta dos rendimentos do agregado familiar, desacompanhada de um instrumento de correcção dos seus efeitos negativos, origina, por via de regra, uma discriminação fiscal da família baseada no casamento, em comparação com as uniões de facto e com as pessoas solteiras”, o referido aresto acabou por considerar que as normas que estabeleciam a incidência do IRS sobre o conjunto dos rendimentos do agregado familiar na constância do matrimónio – e que constituíam um instrumento técnico constitucionalmente adequado de regulamentação do imposto sobre o rendimento “tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar” – não violavam o princípio da igualdade, já que não se configurava como arbitrária a distinção, para este efeito estabelecida, entre a família fundada no matrimónio e a união de facto

Entendeu-se que é constitucionalmente permitido ao legislador estabelecer diferentes deduções à colecta para contribuintes casados e não casados e fixar para os primeiros montantes de dedução inferiores aos dos segundos, com o fundamento de que a vida em comum cria economias de escala e reduz os encargos somados da vida pessoal dos cônjuges, tendo em consideração que são diferentes as condições dos contribuintes casados e dos contribuintes que vivem em uniões não fundadas no casamento, uma vez que estes se encontram numa situação precária e não vinculativa à luz do Direito.

O Acórdão n.º 410/08 não julgou inconstitucional a interpretação segundo a qual o disposto no n.º 3 da Base XIX da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, na redacção da Lei n.º 22/92, de 14 de Agosto, que determina que se o cônjuge sobrevivente de vítima mortal de acidente de trabalho contrair casamento receberá, por uma só vez, o triplo do valor da pensão anual, não é aplicável se o mesmo passar a viver em união de facto com outrem.

Também aqui se defendeu que, tendo em conta a diferenciação básica, no que respeita à existência do dever de assistência recíproca na



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pendência do casamento e na pendência da união de facto, não se pode dizer que viole o princípio da igualdade, por constituir uma solução desprovida de fundamento razoável, o entendimento de que a regra do n.º 3 da Base XIX da Lei n.º 2127 não é aplicável quando o beneficiário de pensão estabelece uma união de facto. Trata-se de domínio que se encontra na liberdade de conformação do legislador, que, consoante atribua maior relevância à realidade “jurídica” da inexistência de consagração legal expressa do dever de assistência recíproca entre os membros da união de facto ou à realidade social de que será normal a prestação dessa assistência, assim não equipará ou equipará o estabelecimento de uma relação desse tipo à contracção de novas núpcias, para efeitos de determinar a substituição da pensão vitalícia pela percepção, de uma só vez, do triplo do montante actual da pensão.

Nestes dois últimos recursos aqui referenciados, curiosamente, foi um tratamento mais favorável aos casais unidos de facto, relativamente aos casados, que foi posto em causa.

2. O casamento entre pessoas do mesmo sexo

O artigo 1577.º, do Código Civil de 1966, copiando o Código Civil de 1867 e o Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, optou por manter uma noção de casamento, enunciando que *“casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”*

Por sua vez, o artigo 1628.º, e), do Código Civil, considerava *“juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”*.

O casamento enquanto acordo feito e regulado segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma comunhão de vida entre os seus outorgantes, foi sempre encarado no nosso sistema legal como um acordo entre duas pessoas de sexo diferente, correspondendo a um modelo com origem nas civilizações mais antigas e fortemente enraizado na cultura europeia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mesmo após a secularização do casamento, o que entre nós só ocorreu nos finais do século XIX, a diversidade do sexo dos outorgantes foi sempre um elemento do casamento que se incluía na sua própria noção legal.

A liberalização sexual verificada nos anos 60-70, do século XX, contribuiu decisivamente para um movimento de reconhecimento social da especificidade homossexual, o qual, ao nível das instâncias supra estaduais e estaduais, se traduziu na adopção de diversas recomendações e medidas legislativas, visando a eliminação de qualquer discriminação negativa dos homossexuais.

E a conseqüente e progressiva integração dos homossexuais na sociedade provocou um deslizamento de posições de contestação ao sistema para pretensões de participação nas instituições vigentes, designadamente no matrimónio, como reconhecimento público da sua orientação sexual em termos de estrita igualdade com os heterossexuais, num movimento de forte carga simbólica.

As situações de “união de facto” entre pessoas do mesmo sexo receberam reconhecimento e tutela legal com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, cuja finalidade foi a de equiparar a união de facto homossexual à união de facto heterossexual, estendendo a protecção jurídica conferida às pessoas que vivam em união de facto há mais de dois anos independente do sexo das pessoas em causa.

E em 1 de Fevereiro de 2006, o Bloco de Esquerda apresentou na Assembleia da República um Projecto-Lei (n.º 206/X/1) no qual se pretendia alterar o Código Civil em matéria de casamento, de modo a permitir o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Em 16 de Fevereiro de 2006 foi entregue na Assembleia da República uma petição (n.º 109/X/1) com 7133 assinaturas, visando a alteração do Código Civil, nesse mesmo sentido.

No dia 2 de Março de 2006, também o Partido Ecologista “Os Verdes”, apresentou um Projecto-Lei (n.º 218/X/1), com o mesmo sentido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estes Projectos-Lei, após debate, foram rejeitados por votação realizada em 10 de Outubro de 2008.

Entretanto, duas mulheres que haviam pretendido casar entre si, interpuseram recurso para o Tribunal Constitucional da decisão do Tribunal da Relação que confirmou a improcedência da impugnação da decisão do Conservador do Registo Civil que indeferiu o pedido de instauração do processo de publicações que antecedia a celebração do casamento entre ambas, questionando a constitucionalidade das normas do Código Civil acima referidas que apenas permitiam o casamento entre pessoas de sexo diferente.

A questão colocada neste recurso era a de saber se era constitucionalmente imposta a configuração do casamento de forma a abranger uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que determinaria a inconstitucionalidade dos preceitos do Código Civil que excluem a possibilidade de serem celebrados casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O Acórdão n.º 359/09 deu uma resposta negativa a esta questão, tendo ponderado previamente as recentes pronúncias legislativas e jurisprudenciais efectuadas nesta matéria em todo o Mundo, num reconhecimento da importância do direito comparado na jurisprudência constitucional.

Como se disse, posteriormente, no Acórdão n.º 121/10, “em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a pretensão de tutela jurídica do relacionamento homossexual poderá ter interesse saber o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões, em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns de tais experiências”.

Como ponto de partida do seu raciocínio o Acórdão n.º 359/09 constatou que no momento histórico em que a Constituição foi escrita e começou a vigorar, entregando a disciplina dos requisitos e efeitos do casamento ao



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

legislador ordinário, o Código Civil já dispunha, no seu artigo 1577.º, que o *"casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente"*, pelo que se o legislador constitucional pretendesse introduzir uma alteração da configuração legal do casamento, impondo ao legislador ordinário a obrigação de legislar no sentido de passar a ser permitido a sua celebração por pessoas do mesmo sexo, certamente que o teria afirmado explicitamente, não permanecendo indiferente ao conceito configurado pela lei civil, sendo certo que não lhe faltaram ocasiões para posteriormente proceder a essa alteração nas sucessivas revisões constitucionais que foram efectuadas. E o facto de se ter aditado no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, a orientação sexual à lista das circunstâncias por força das quais *"ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever"*, em obediência ao princípio da igualdade, apenas deveria ser lido com o significado que a ordem jurídica é alheia à orientação sexual dos indivíduos.

Ora, no entendimento deste Acórdão, a extensão do casamento regulado na lei civil às pessoas do mesmo sexo, por decisão dos tribunais e do Tribunal Constitucional em particular, envolveria uma redefinição judicial da figura do casamento. Na verdade, considerou que em face da definição de casamento em vigor no Código Civil, é possível encarar este último como uma união completa entre um homem e uma mulher orientada para a educação conjunta dos filhos que possam ter, enquanto a definição do casamento aberta a uma união entre pessoas do mesmo sexo entende-a como uma relação privada entre duas pessoas adultas que visa essencialmente satisfazer as necessidades próprias, tratando-se, portanto, de duas concepções do casamento distintas.

A opção entre estes dois modelos competiria apenas ao legislador e não ao Tribunal Constitucional, o qual apenas devia controlar se o modelo escolhido infringia algum parâmetro constitucional.

E daí concluiu que "saber se as normas impugnadas violam o princípio da igualdade é uma questão cuja resposta se encontra na concepção do casamento adoptada. Se se entender o casamento como uma instituição social



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade, pode fazer sentido reservar o casamento aos casais heterossexuais. Pelo contrário, apenas se se adoptasse uma concepção do casamento como relação puramente privada entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade, a exclusão dos casais homossexuais surgiria necessariamente como discriminatória". Mas como não era essa a concepção adoptada pela redacção vigente do Código Civil a interdição do casamento a pessoas do mesmo sexo não ofendia qualquer parâmetro constitucional, nomeadamente o princípio da igualdade.

Apesar de não estar em causa, neste recurso a constitucionalidade duma solução legislativa que abrisse a porta do casamento a duas pessoas do mesmo sexo, na fundamentação deste Acórdão não se deixou de adiantar o seguinte pensamento:

"No tratamento da questão de saber se o direito de contrair casamento previsto na Constituição deve ser estendido ao casamento entre pessoas homossexuais devem, pois, ser excluídos quer o entendimento segundo o qual essa extensão não envolveria uma redefinição judicial do casamento, quer o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil, excluindo o reconhecimento jurídico de outras comunhões de vida entre pessoas com efeitos análogos aos do casamento.

As considerações que antecedem não devem ser entendidas como envolvendo a aceitação de que o casamento reveste, no artigo 36.º da Constituição, o alcance de uma garantia, no sentido de que a norma constitucional apenas se teria limitado a receber no seu seio, definitivamente, o conceito de casamento vigente em dado momento na lei civil. Não é possível conceber as garantias institucionais deste modo, tomando como parâmetro de aferição da tutela constitucional não a Constituição, mas a lei ordinária".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em 11 de Fevereiro de 2010 a Assembleia da República aprovou o Decreto n.º 9/XI, que teve origem na Proposta de Lei n.º 7/XI apresentada pelo Governo com o objectivo de *"remover as barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo"*. Na exposição de motivos afirmou-se o propósito de *"acima de tudo, pôr fim a uma velha discriminação, longa e aprofundadamente debatida na sociedade portuguesa [...] sem dúvida causadora de exclusão e sofrimento para muitas pessoas – e que a evolução da consciência social torna hoje não apenas desnecessária mas verdadeiramente inaceitável"*, e invocou-se a jurisprudência do Acórdão n.º 359/2009 como significando que a Constituição, *"no conjunto dos seus princípios e disposições relevantes, fornece um enquadramento jurídico-constitucional aberto quanto à liberdade de conformação do legislador em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo"*. o qual visou permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tendo, em conformidade, alterado os preceitos do Código Civil que impediam tal desiderato.

O Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva deste diploma na parte em que alterava os preceitos do Código Civil que impediam o casamento por pessoas do mesmo sexo, tendo sido proferido o Acórdão n.º 121/10, que não se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas questionadas.

Neste Acórdão o Tribunal Constitucional procurou verificar se os fins ou bens jurídicos individuais e comunitários a que o direito fundamental ao casamento deva considerar-se constitucionalmente adstrito, no quadro de um sistema de direitos fundamentais centrado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), sofrem compressão do seu núcleo essencial de realização.

Da leitura do texto constitucional entendeu-se que da configuração do direito a contrair casamento como direito fundamental resulta que o legislador não pode suprimir do ordenamento jurídico o casamento, enquanto instituto jurídico destinado a regular as situações de comunhão de vida entre duas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

peças, num reconhecimento da importância dessa forma básica de organização social, mas que o conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria.

Isto sem significar que o casamento referido no artigo 36.º da Constituição seja perspectivado como uma fórmula vazia de qualquer conteúdo, a preencher livremente pelo legislador. O casamento, sob pena de desfiguração do seu núcleo essencial e, portanto, do próprio âmbito de protecção como direito (subjectivo) fundamental, deveria contemplar “o estabelecimento de uma relação de comunhão de vida entre duas pessoas, estabelecida mediante um acto como tal designado, com efeitos vinculativos legalmente fixados, livre, incondicional e inaprazável”.

Excluído deste núcleo essencial do conceito constitucional de casamento estaria a diversidade sexual dos cônjuges.

Como se escreveu neste Acórdão:

“...se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento. Essa diversidade de sexos seria apenas imprescindível para que a comunhão no plano sexual pudesse levar à geração de filhos biologicamente comuns, finalidade a que o casamento não está constitucional nem legalmente adstrito.

Na verdade, a comunhão de vida entre duas pessoas, caracterizada pela partilha e entreatajuda, num percurso de vida comum juridicamente disciplinado, com carácter tendencialmente perpétuo, também está naturalmente ao alcance de duas pessoas do mesmo sexo que assim queiram vincular-se, uma



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

para com a outra e perante o Estado, e serem como tal reconhecidas pela comunidade. Por isso não está vedado ao legislador conferir a esse modo de livre desenvolvimento da personalidade a forma vigente para tutela das relações entre pessoas de sexo diferente, permitindo aos interessados acolher-se à figura do casamento, sem que o instituto se considere privado de elementos típicos essenciais à correspondente função garantística”.

Com esta perspectiva e reconhecendo-se que a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afectava a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem alterava os deveres e direitos que para estas daí resultam e a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial, mantendo-se o regime do casamento entre pessoas do sexo diferente intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social, julgou-se não ser inconstitucional a opção do legislador de abrir o instituto do casamento a duas pessoas do mesmo sexo.

Após este julgamento do Tribunal Constitucional o referido diploma foi promulgado pelo Presidente da República em 17 de Maio de 2010 e publicado sob a forma de Lei n.º 9/2010, em 31 de Maio de 2010.

3. O divórcio por constatação da ruptura do casamento

Em Portugal o divórcio foi introduzido pouco depois da implantação da República, pelo Decreto de 3 de Novembro de 1910, considerando o artigo 4.º, n.º 8, causa legítima do divórcio a separação de facto, livremente consentida, por 10 anos consecutivos, qualquer que seja o motivo da separação.

Com a celebração da Concordata com a Santa Sé, em 1940, o divórcio deixou de ser admitido nos casamentos católicos celebrados depois de 1 de Agosto de 1940, mantendo-se nos mesmos termos em que o era nos casamentos civis.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mas o Código Civil de 1966 eliminou das causa de divórcio a separação de facto por um determinado período de tempo.

Após a Revolução de Abril de 1974, o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio, além de voltar a permitir o divórcio tanto nos casamentos civis como nos católicos, readmitiu na lista das causas de divórcio a separação de facto livremente consentida por 5 anos consecutivos.

O Decreto-Lei n.º 571/76, de 17 de Julho, eliminou desta causa a exigência que a separação fosse livremente consentida, mas aumentou o prazo da separação para 6 anos.

O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, inseriu esta causa de divórcio no artigo 1781.º, a), do C.C., tendo esclarecido no artigo 1782.º, n.º 1, do mesmo diploma, que se verificava uma situação de separação de facto quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.

A arguição da inconstitucionalidade destas normas foi feita perante o Tribunal Constitucional com o argumento de que possibilitavam que o cônjuge culpado pela separação pudesse impor ao cônjuge inocente a extinção do matrimónio contra a vontade deste, o que equivalia a uma legitimação da antiga figura do "repúdio", o que brigava com o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana.

O Acórdão n.º 105/90, começou por salientar que sendo o divórcio um domínio em que na comunidade jurídica se cruzam pontos de vista bastante diferenciados, e até contrastantes, sobre os termos e condições em que ele deve admitir-se e estando a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial com base em simples causas objectivas, inequivocamente denotadoras da ruptura da vida em comum, consagrada desde há muito nos sistemas jurídicos de muitos outros países, não é algo que deva ser tido como contrário à dignidade da natureza humana, quando em especial se considere a dimensão pessoal do matrimónio, enquanto instrumento ou caminho de realização humana dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cônjuges. É uma solução que não deve preocupar o juiz constitucional, mas sim o legislador ordinário.

Além disso, vincaram-se as diferenças substanciais relevantes entre o repúdio, baseado na vontade arbitrária de um dos cônjuges, e o divórcio, em que o requerente necessita de alegar e provar, perante o juiz, uma longa separação de facto, destruidora da comunhão matrimonial, não se admitindo que a salvaguarda da dignidade da pessoa do cônjuge inocente pudesse exigir que o cônjuge culpado pela separação ficasse, para todo o sempre ou enquanto o primeiro assim o quisesse, amarrado a um casamento já desfeito na ordem dos factos.

Ressaltando-se que o legislador não deixou de conferir relevo à circunstância da culpa da separação e de penalizar por ela o cônjuge sobre quem a mesma recaia, concluiu-se pela não inconstitucionalidade da consagração da separação de facto por período superior a 6 anos como causa legítima de divórcio.

A Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, abreviou o período de separação de facto necessário para o pedido de divórcio para 3 anos, o que suscitou novas intervenções do Tribunal Constitucional em casos concretos, perante a arguição que no essencial tal solução atentava contra a protecção constitucional à família.

O Acórdão n.º 277/06, ressaltando que a noção constitucional de família é mais ampla que a família conjugal, chamou a atenção para o facto da sua protecção visar salvaguardar o direito dos membros do agregado familiar viverem juntos, ou seja precisamente o inverso da situação que aqui possibilita o termo do casamento. E, perante esta constatação, concluiu que a solução legislativa questionada não afectava nenhum dos parâmetros constitucionais da tutela da família.

Recentemente a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, abreviou ainda mais o período de separação de facto como causa legítima do divórcio, fixando-o em 1 ano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. O estabelecimento da filiação

O artigo 26.º, n.º 1, da Constituição reconhece a todos o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade.

A identidade pessoal consiste no conjunto de atributos e características que permitem individualizar cada pessoa na sociedade e que fazem com que cada indivíduo seja ele mesmo e não outro, diferente dos demais, isto é, um ser único. Este direito fundamental pode ser visto numa perspectiva estática – onde avultam a identificação genética, a identificação física, o nome e a imagem – e numa perspectiva dinâmica – onde interessa cuidar da verdade biográfica e da relação do indivíduo com a sociedade ao longo dos tempos.

Nunca suscitou qualquer oposição o entendimento de que deste direito fundamental se extrai um direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da ascendência biologicamente verdadeira (identidade biológica).

A importância da identidade biológica é fácil de alcançar já que o conhecimento dos progenitores significa o conhecimento do princípio da existência de cada indivíduo e responde ao interesse de todo o ser humano em saber donde provém a sua própria vida e quem o precedeu biológica e socialmente.

E esse conhecimento não deixa de ser um factor com alguma relevância no desenvolvimento da personalidade de cada um.

Isso não impede, contudo, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados.

No ordenamento jurídico português, a acção de investigação de paternidade constitui o único meio destinado à efectivação do direito fundamental ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira.

Sob a influência da doutrina da Revolução Francesa nesta matéria, segundo a qual a imposição judicial da paternidade envolvia, além de um atentado contra a liberdade individual, arbítrio, incerteza e possibilidade de abuso, constituindo um risco grosseiro de erro, o Código Civil de 1867, no seu



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

artigo 130.º, apenas admitiu a propositura da acção de investigação de paternidade, nas situações excepcionais aí tipificadas em que o investigado pelo seu comportamento abria voluntariamente uma brecha no seu direito à autonomia privada, deixando de merecer o anonimato que o ordenamento jurídico lhe garantia.

Este regime condicionado de investigação de paternidade manteve-se no Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, e na redacção original do Código Civil de 1966, apenas tendo sido substituído por um regime de livre investigação da paternidade pela profunda reforma do Livro do Código Civil de 1996 dedicado ao Direito de Família, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

O Tribunal Constitucional ainda teve, contudo, oportunidade de formular um juízo de inconstitucionalidade superveniente sobre algumas das normas contidas na redacção original do Código Civil de 1996 que limitavam severamente o acesso à acção de investigação de paternidade, encarando-as como uma restrição inadmissível ao direito constitucional à identidade pessoal, uma vez que fora das situações excepcionais tipificadas no artigo 1860.º, interditavam completamente o acesso ao reconhecimento judicial da paternidade (Acórdão 645/95).

Mas tem sido a consagração de prazos de caducidade para o exercício da acção de investigação da paternidade que tem sobretudo ocupado o Tribunal nesta matéria.

O estabelecimento de prazos específicos de caducidade para as acções de reconhecimento da filiação surgiu expressamente com o Código Civil de 1867.

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, na ausência de previsão de prazos de caducidade para as acções de reconhecimento da filiação, a doutrina divergia entre a solução da imprescritibilidade e a da sujeição ao prazo ordinário de prescrição de 30 anos relativo aos direitos de crédito.

Na redacção originária do Código Civil de 1867, os filhos só podiam investigar a filiação durante a vida dos investigados, excepto se estes falecessem



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

durante a menoridade dos filhos – caso em que se sobrepuja um prazo de caducidade de 4 anos após a maioridade, ou emancipação –, ou quando os filhos obtivessem após a morte dos pais documento escrito destes revelando a sua paternidade (artigo 133.º).

A implantação do regime republicano em 1910 foi acompanhada de alterações em sede de Direito da Filiação. O artigo 37.º, do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, veio admitir que a acção de investigação de filiação pudesse ser ainda intentada no ano seguinte à morte dos pretensos progenitores e estabeleceu um prazo de seis meses para a propositura da acção quando esta se fundasse em escrito obtido após a morte daqueles (artigo 37.º).

Perante as críticas que vinham sendo feitas à permissividade deste regime, o Código Civil de 1966, no seu artigo 1854.º, estabeleceu um sistema de prazos de caducidade mais curtos e que, com pequenas alterações e aditamento de normas interpretativas, se manteve posteriormente no artigo 1817.º, aplicável às acções de investigação da paternidade por remissão do artigo 1873.º, até às recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril.

O prazo-regra passou a ser de dois anos após o investigador ter atingido a maioridade ou a emancipação (artigo 1817.º, n.º 1). Excepcionalmente, transcorrido o referido prazo-regra, o Código Civil deu ainda a possibilidade ao filho de propor a respectiva acção de investigação: a) no prazo de um ano após a destruição do registo da paternidade até então tido por verdadeiro e que inibia qualquer investigação de paternidade, desde que essa destruição tivesse sido requerida até ao termo do prazo-regra (artigo 1817.º, n.º 2); b) seis meses a contar do conhecimento de escrito do progenitor reconhecendo a paternidade (artigo 1817.º, n.º 3); c) e, existindo posse de estado, no prazo de um ano a contar da data em que cessou o tratamento como filho (artigo 1817.º, n.º 4).

Este sistema, com um prazo-regra de caducidade muito curto, se já tinha sido alvo de acusações aquando da sua adopção, com os assinaláveis progressos verificados na obtenção científica da prova da paternidade passou a ser objecto de numerosas críticas, tendo a Provedoria de Justiça, pela Recomendação n.º 36/B/99, e o partido “Os Verdes”, através do Projecto de Lei n.º 92/IX, de 2002,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

defendido a alteração do artigo 1817.º, do C.C., de modo a não se imporem prazos de caducidade, desde que o investigador renunciasse aos eventuais efeitos patrimoniais do estabelecimento do vínculo.

As razões avançadas para a previsão de prazos limitativos da acção de investigação da paternidade encontram-se há muito enunciadas e prendem-se com a segurança jurídica dos pretensos pais e seus herdeiros, o progressivo “envelhecimento” e aleatoriedade das provas, a prevenção da “caça às fortunas” e a paz da família conjugal do investigado.

Numa primeira fase, dir-se-ia que o Tribunal Constitucional decidiu sempre no sentido da compatibilidade das normas que prevêem os referidos prazos com os princípios constitucionais.

Assim, no Acórdão n.º 99/88, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucionais as normas dos n.º 3 e 4, do artigo 1817.º, do C.C., na redacção do Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, enquanto aplicáveis às acções de investigação de paternidade por força do artigo 1873.º do mesmo Código, juízo que foi reiterado no Acórdão n.º 370/91.

Por seu turno, no Acórdão n.º 413/89, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional a norma do n.º 1, do artigo 1817.º, do C.C., na redacção do Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, enquanto aplicáveis às acções de investigação de paternidade por força do artigo 1873.º do mesmo Código, posição que foi mantida nos acórdãos n.º 451/89, 311/95, 506/99 e 525/03.

Em todos os referidos arestos, o Tribunal encarou os prazos de caducidade como meros condicionamentos do exercício do direito de investigação da paternidade, inerente ao direito à identidade pessoal, e não como verdadeiras restrições desse direito fundamental. No essencial, entendeu-se invariavelmente que o regime jurídico da filiação em questão assegurava um equilíbrio adequado entre o direito do filho ao reconhecimento da paternidade e o interesse do pretenso progenitor a não ver protelada uma situação de incerteza, agravada pelo envelhecimento e aleatoriedade da prova, e ainda o interesse da paz da família conjugal do investigado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Contudo, a consolidação e a aplicação bem sucedida das novas técnicas laboratoriais de determinação científica da paternidade viriam a ser decisivas numa mudança de rumo da jurisprudência constitucional.

A primeira viragem neste entendimento deu-se com a prolação do Acórdão n.º 456/03 que julgou inconstitucional a norma constante do artigo 1817.º, n.º 2, do C.C., na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, enquanto impede a investigação da paternidade em função de um critério que utiliza um prazo objectivo, nos casos em que os fundamentos e as razões para instaurar a acção de investigação surgem pela primeira vez em momento ulterior ao termo do prazo referido no n.º 1, do mesmo artigo 1817.º, do C.C.

Este aresto não censurou a existência de limites temporais ao exercício do direito de instaurar acção de investigação, mas apenas a consagração de limites que inviabilizam absolutamente a possibilidade do interessado averiguar o vínculo de filiação natural quando o fundamento para o fazer ocorre em momento posterior ao prazo de dois anos após aquele ter atingido a maioridade ou se ter emancipado.

Na verdade, o n.º 2, do artigo 1817.º, do C.C., não só exigia que a acção de paternidade fosse proposta no ano seguinte à rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo de paternidade existente, o qual impedia, enquanto vigente, o reconhecimento de outra paternidade, como também impunha que a remoção do registo tivesse sido requerida até ao termo do prazo estabelecido no n.º 1, do artigo 1817.º, do C.C., se o investigador tivesse legitimidade para esse pedido. Daí que, como sucedia no caso em que foi proferido o referido Acórdão, uma filha, após a ultrapassagem do prazo de caducidade previsto no n.º 1, do artigo 1817.º, do C.C., não pudesse investigar a paternidade biológica quando visse impugnada com sucesso a paternidade presumida em acção proposta pelo cônjuge da mãe após já ter decorrido aquele prazo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Foi a subordinação a este último prazo que se completava independentemente do conhecimento pelo investigador das razões que justificavam a sua pretensão de ver reconhecida a sua paternidade biológica que foi censurada pelo Tribunal Constitucional.

Novo passo seria dado no Acórdão n.º 486/04, através do qual se julgou inconstitucional o artigo 1817.º, n.º 1, do C.C., na redacção introduzida pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, ao prever a extinção do direito de investigar a paternidade, dois anos após o investigador ter atingido a maioridade ou a emancipação.

Também este último aresto não reprovou a existência de limites temporais ao exercício do direito de instaurar acção de investigação, mas apenas a consagração de limites temporais que pela sua exiguidade dificultam seriamente ou inviabilizam a possibilidade do interessado averiguar o vínculo de filiação natural, nomeadamente a circunstância do prazo se esgotar num momento em que o investigador não é ainda uma pessoa inteiramente madura e em que o mesmo pode nem sequer ter qualquer justificação para a interposição da acção de investigação.

A inconstitucionalidade do prazo objectivo consagrado no n.º 1, do artigo 1817.º, viria a ser declarada com força obrigatória geral pelo Acórdão n.º 23/06, por ser uma restrição inadmissível do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família.

Mas, os prazos de caducidade especiais previstos nos n.º 3 e 4, do artigo 1817.º, do C.C., apesar de assentarem num critério subjectivo também viriam a ser declarados inconstitucionais, respectivamente pelos Acórdãos n.º 626/09 e 65/10, que consideraram que os mesmos resultavam, pela sua curta duração, numa restrição desproporcionada ao direito fundamental à identidade pessoal.

Estes prazos, diversamente do que sucedia com o prazo-regra estabelecido no n.º 1, do artigo 1817.º, do C.C., já declarado inconstitucional, que começava a correr inexorável e ininterruptamente desde o nascimento do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

filho e se podia esgotar integralmente sem que o mesmo tivesse qualquer justificação para a instauração da acção de investigação de paternidade contra o pretenso pai, apenas começam a correr a partir do momento em que o investigador – após se terem completado dois anos após ter atingido a maioridade ou se ter emancipado – conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito de pai em que o reconhecia como filho, ou cessou o seu tratamento pelo investigado nessa qualidade.

Já não estamos aqui perante prazos “cegos”, que começam a correr independentemente de poder haver qualquer justificação para o exercício do direito pelo respectivo titular, como sucede com o prazo estabelecido no n.º 1, do artigo 1817.º, do C.C., mas sim perante prazos cujo início de contagem coincide com o momento em que o titular do direito tem ou devia ter conhecimento do facto que o motiva a agir.

Daí que o Acórdão n.º 626/09 tenha considerado que nas situações de conhecimento pelo investigado dos dados que o motivam a obter o reconhecimento judicial da paternidade, pelo menos o direito à segurança jurídica, nomeadamente o direito do pretenso progenitor em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação de incerteza quanto à sua paternidade, pode justificar que se condicione o exercício do direito do filho à investigação da paternidade, através do estabelecimento de um prazo para o accionar. Tendo o titular deste direito conhecimento dos factos que lhe permitem exercê-lo, admite-se a legitimidade do legislador estabelecer um prazo para a propositura da respectiva acção, após esse conhecimento, de modo a que o interesse da segurança jurídica não possa ser posto em causa por uma atitude desinteressada daquele.

O estabelecimento destes prazos de caducidade para o exercício do direito à investigação de paternidade, apoiados em critérios subjectivos – o conhecimento pelo interessado das razões que justificam a propositura da acção de investigação de paternidade – poderia revelar-se, em abstracto, uma limitação adequada, necessária e proporcional do direito à identidade pessoal,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

para satisfação do interesse da segurança jurídica, como elemento essencial de Estado de Direito (artigo 2.º, da C.R.P.).

Contudo, os referidos Acórdãos, não deixaram de julgar inconstitucionais os prazos de caducidade estabelecidos nos n.º 3 e 4, do artigo 1817.º, do C.C., por terem entendido que eles eram exíguos para efeito de uma serena avaliação e ponderação de todos os factores que podem condicionar a difícil tomada de decisão de investigar a paternidade por parte de quem até então não tinha quaisquer razões, ou pelo menos razões sérias que justificassem a propositura de uma acção de investigação da paternidade contra uma determinada pessoa na qualidade de pretense pai, o que inviabilizava ou dificultava gravemente o exercício do respectivo direito, tornando a adopção desses prazos uma restrição desproporcionada ao conteúdo do direito à identidade pessoal.

A decisão de avançar para o estabelecimento da ascendência biologicamente verdadeira convoca uma reflexão prévia e profunda sobre aspectos pessoalíssimos da pessoa humana – e, secundariamente, também de ordem social e patrimonial – que não é seguramente compatível com a exigência legal do seu exercício judicial em prazos de curta duração.

Da evolução da jurisprudência constitucional nesta temática constata-se que perante o fim do receio do envelhecimento e aleatoriedade da prova, face aos avanços científicos que permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza – probabilidades bioestatísticas superiores a 99,5% –, os interesses da segurança jurídica do pretense progenitor, da prevenção da “caça às fortunas” e o da paz da família conjugal do investigado perderam importância e começaram a ser olhados como minudências face ao superior interesse do investigado conhecer as origens da sua existência. Um olhar que talvez tenha perscrutado o peso real dos argumentos que sobraram após a saída de cena do envelhecimento e aleatoriedade das provas da paternidade, substancialmente diminuído pelas evoluções registadas no domínio dos interesses dominantes no âmbito da filiação.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Apesar da ênfase que a fundamentação do Acórdão n.º 65/10 deu às opiniões defensoras da imprescritibilidade das acções de investigação da paternidade, perante o actual estado da jurisprudência constitucional, isso não parece significar que não possam ser admissíveis prazos de caducidade contados a partir do conhecimento efectivo pelo investigador dos dados que o motivam a ver judicialmente reconhecida a sua paternidade biológica, desde que a duração desses prazos tenha em consideração que essa opção exige um tempo de maturação alargado.

Recentemente, a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na sequência dos referidos juízos de inconstitucionalidade, alterou sensivelmente o regime dos prazos legais de caducidade das acções de investigação de maternidade e paternidade. O prazo-regra passou a ser de 10 anos, contado a partir da maioridade ou emancipação do investigador, e os prazos especiais passaram a ser de 3 anos a partir do momento em que o investigador tenha conhecimento dos factos que justificam a investigação.

Por conseguinte, a lei civil portuguesa, na sua versão mais recente, não adoptou a regra da "imprescritibilidade" do direito de investigação de paternidade, continuando a insistir na necessidade de existência de limites temporais ao exercício desse direito, embora tenha alargado consideravelmente esses limites temporais e valorizado como critério do início da contagem dos prazos de caducidade o conhecimento pelo investigado das circunstâncias que o motivam a solicitar a investigação judicial da paternidade.

Sendo já conhecidas decisões dos tribunais judiciais, recusando a aplicação destas normas, com fundamento na sua inconstitucionalidade, aguarda-se para breve a pronúncia do Tribunal Constitucional sobre esta evolução legislativa.

A constitucionalidade dos prazos de caducidade também foi suscitada relativamente às acções de impugnação da paternidade presumida.

Segundo o artigo 1826.º, do C.C., presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido. Apesar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

desta regra ter anteriormente visado uma generalização do estatuto do filho legítimo, estamos actualmente perante a simples consagração de uma presunção legal *iuris tantum*, baseada num juízo de probabilidade fundado nas regras da experiência.

A acção de impugnação da paternidade presumida, visando ilidir aquele raciocínio presuntivo, também ela se encontra sujeita a prazos de caducidade, os quais já constavam do Código de Civil de 1867, quando apenas o pai presumido tinha legitimidade para intentar esta acção, tendo sido também adoptados pelo Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, e pelo Código Civil de 1966.

Na redacção dada ao n.º 1, do artigo 1842.º, deste diploma, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, o pai presumido dispunha de dois anos contados desde que teve conhecimento das circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade (alínea a), a mãe dois anos após o nascimento (alínea b) e o filho até um ano após haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe (alínea c).

O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 589/07 não julgou inconstitucional a norma prevista no artigo 1842.º, n.º 1, alínea a), do C.C., na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, na medida em que prevê, para a caducidade do direito do marido da mãe impugnar a sua própria paternidade presumida, o prazo de dois anos a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias donde se possa concluir a sua não paternidade. O referido prazo de dois anos, porque contado a partir de um facto subjectivo, foi então considerado como sendo razoável e adequado à ponderação do interesse acerca do exercício do direito de impugnar na medida em que permite avaliar todos os factores que podem condicionar a decisão.

Já o Acórdão n.º 609/07, julgou inconstitucional a norma prevista no artigo 1842.º, n.º 1, alínea c), do C.C., na redacção dada pelo Decreto-lei n.º



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

496/77, de 25 de Novembro, na medida em que prevê, para a caducidade do direito do filho maior ou emancipado de impugnar a paternidade presumida do marido da mãe, o prazo de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias donde possa concluir-se não ser o filho do marido da mãe, por se ter considerado que o mencionado prazo de um ano é manifestamente exíguo, particularmente nos casos em que o conhecimento das circunstâncias que indiciam a paternidade não biológica do marido da mãe ocorre em momento temporalmente próximo da data em que o interessado alcançou a maioridade e a sua autonomia.

Tendo sido aqui adoptado como critério do início da contagem dos prazos de caducidade o conhecimento pelo impugnante das circunstâncias que ilidem o funcionamento da presunção legal de paternidade, a aferição da constitucionalidade desses prazos ponderou apenas a sua duração, não se negando a possibilidade da sua previsão.

A recente Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, também alterou o regime dos prazos legais de caducidade das acções de impugnação da paternidade presumida, estabelecendo que esta poderá ser impugnada pelo marido, no prazo de três anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir -se a sua não paternidade, pela mãe, dentro dos três anos posteriores ao nascimento, e pelo filho, até 10 anos depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de três anos a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

Também relativamente a este direito se manteve a existência de prazos para o seu exercício, os quais, no geral, foram significativamente aumentados.

5. A procriação heteróloga

A Assembleia da República aprovou a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regulou a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Após a publicação e entrada em vigor desta lei, um grupo de 31 Deputados da Assembleia da República requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade de diversas normas nela contidas, incluindo as que constam dos artigos 10.º, 15.º, 19.º a 21.º e 27.º, relativas à admissibilidade da procriação heteróloga e do seu regime de sigilo e de estabelecimento das relações jurídicas de filiação.

O Tribunal apreciou este pedido, em sede de fiscalização sucessiva abstracta, tendo proferido o Acórdão n.º 101/09 que não declarou a inconstitucionalidade de qualquer uma das referidas normas.

O artigo 10.º daquela Lei admitiu a possibilidade de se recorrer à doação de espermatozóides, ovócitos e embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas, consignando que os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Foi invocada a inconstitucionalidade desta norma por não salvaguardar o direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento jurídico da paternidade, enquanto referência essencial da pessoa, nem o direito à identidade, na vertente do direito à historicidade pessoal.

O Tribunal Constitucional chamou desde logo a atenção para o facto da lei fiscalizada consagrar um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozóides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários. E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar, o que é também aplicável na fertilização *in vitro* com recurso a sémen



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozóides ou a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos.

Nesta perspectiva, o legislador não deixou de privilegiar a correspondência entre a progenitura social e a progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador, encontrando-se esses casos excepcionais suficientemente justificados pela superioridade do interesse em ter filhos, protegido pelos direitos constitucionais ao desenvolvimento da personalidade e à constituição de família.

No artigo 15.º, regulou-se o regime de confidencialidade dos processos de PMA, obrigando-se todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA. Mas permitiu-se às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões obter, junto dos competentes serviços de saúde, as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador, e informação sobre uma eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir. Além destas situações, essas pessoas poderão ainda obter informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Invocou-se que este sistema de sigilo é atentatório do direito à identidade pessoal e do princípio da igualdade, face ao conhecimento pelas demais pessoas da identidade dos seus progenitores

O Acórdão lembrou anterior jurisprudência do Tribunal em que se admitia que outros valores, para além da ilimitada recepção à averiguação da verdade biológica da filiação pudessem intervir na ponderação dos interesses em causa, comprimindo a revelação da verdade biológica, entendendo que neste



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

caso os interesses da paz e da intimidade da vida familiar justificavam que fossem adoptadas medidas destinadas a proteger um relativo sigilo dessa identidade. Sublinhou-se que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado, sendo fornecidas às pessoas que nasçam em resultado da aplicação das referidas técnicas de PMA dados de natureza genética, e informação sobre uma eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação. A valia destas razões não poderá deixar de ser ponderada à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto.

Assim, as limitações ao conhecimento da progenitura, além de não terem um carácter absoluto, mostram-se justificadas pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderão ser entendidas como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos.

Nos artigos 19.º, 20.º e 21.º, regulou-se o processo de inseminação artificial com sémen de dador.

O filho nascido deste processo é considerado filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação. Esta presunção de paternidade pode ser impugnada pelo marido ou por aquele que viva em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O artigo 27.º, determinou a aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto nos referidos artigos 19.º a 21.º ao processo de fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador.

Invocou-se que esses quatro preceitos são inconstitucionais porque admitem situações de monoparentalidade, o que afronta o superior interesse da criança a nascer, violando os princípios que decorrem dos artigos 36.º, n.º 4, e 69.º da Constituição.

O Tribunal começou por fazer notar que a legislação em causa tem como princípio alcançar situações de biparentalidade uma vez que só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida (artigo 6.º).

Acresce que o consentimento do marido ou da pessoa unida de facto é acautelado por lei com a máxima prudência. Ele deve, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, ser prestado de «forma expressa e por escrito, perante médico responsável» e, nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, «devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas».

Neste condicionalismo, a possibilidade de impugnação da presunção de paternidade apenas poderá verificar-se, nos precisos termos do n.º 5 do artigo 20º, quando se venha a provar que «não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado».

Note-se, contudo, que tais situações só poderão ocorrer em condições anómalas em que os Centros de Saúde não tenham funcionado devidamente, e que, além disso, a lei oferece sanção contra tal possibilidade, o que permite razoavelmente garantir a inviabilidade prática de procriação medicamente assistida sem o consentimento de ambas as pessoas casadas ou unidas de facto ou com violação da regra da biparentalidade prevista do artigo 6.º, n.º 1.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em face de todas as cláusulas de salvaguarda que decorrem do sistema legal, a possível ocorrência de conflitos negativos de paternidade apenas pode derivar de situações de anormalidade, de nenhum modo podendo atribuir-se ao legislador a intencionalidade de instituir um regime permissivo à verificação de situações de monoparentalidade.

Por todas estas razões o Acórdão n.º 101/09, não se pronunciou pela inconstitucionalidade do regime da procriação heteróloga constante da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

6. A menoridade do adoptando como requisito da adopção

A adopção, como fonte de relações familiares semelhantes à filiação, após ter previsão em todas as Ordenações, por ter caído em desuso a partir do século XVI, foi omitida no Código Civil de 1867, só voltando a merecer, tardiamente, a atenção do legislador no Código Civil de 1966, nos seus artigos 1973.º e seg., apesar de ter sido apresentado um projecto de regulação da adopção em 1945, no âmbito de um movimento legislativo europeu impulsionado pela existência de um grande número de órfãos que resultou da I Grande Guerra.

Contudo, neste renascimento da figura da adopção, esta já não está centrada no interesse da pessoa do adoptante, em que se procurava sobretudo a perpetuação da família e a transmissão do nome e do património, como sucedia nas legislações antigas, para passar a visar a satisfação do interesse do adoptado no ingresso num meio familiar semelhante ao de uma família baseada numa filiação biológica.

A lei admitiu duas modalidades de adopção consoante a extensão dos seus efeitos: a restrita e a plena, podendo a primeira ser convertida na segunda.

Na redacção inicial do C.C. de 1966, impôs-se como um dos requisitos da adopção, em qualquer das suas modalidades, que o adoptando tivesse menos de 14 anos, ou menos de 21 anos e não fosse emancipado, quando desde idade não superior a 14 anos tenha estado, de facto ou de direito, ao cuidado do adoptante (artigo 1974.º, n.º 1, b), do C.C.).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, alterou a idade limite de 21 para 18 anos, em consequência da modificação legislativa verificada quanto ao início da maioridade, e permitiu que esse limite também fosse o aplicável quando o adoptando fosse filho do cônjuge do adoptante, passando este requisito a constar do artigo 1980.º, n.º 2, do C.C.

O Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, subiu o limite de 14 para 15 anos e explicitou que era na data da dedução da acção judicial de adopção que este limite se deveria verificar.

O regime jurídico da adopção prevê inicialmente um procedimento administrativo destinado a avaliar se determinada pessoa tem condições para adoptar. Assim, desde o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, dispõe o artigo 1973.º, n.º 2, do C.C., que o "*processo será instruído com um inquérito, que deverá incidir, nomeadamente, sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para criar e educar o adoptando, a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção*".

Numa situação de indeferimento de um pedido de conversão de uma adopção restrita para uma adopção plena apresentado quando a pessoa adoptada já tinha 29 anos, foi invocada perante o Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade da exigência do requisito da menoridade do adoptando nos casos de pretensão de conversão da modalidade da adopção, por violação do direito à identidade pessoal deste.

Pelo Acórdão n.º 320/2000 fez-se notar que cabe na discricionariedade do legislador definir as condições da adopção, nomeadamente exigir, como requisito da conversão, a menoridade do adoptando.

Tendo em conta as diferenças profundas existentes entre os efeitos da adopção plena – na qual o adoptando se integra na família dos adoptantes, cortando, em princípio, os laços familiares com a sua família natural, modelando a lei a relação que se constitui sobre a relação de filiação natural –, e os da adopção restrita – em que a ligação com a família biológica se mantém –, num



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

caso de conversão da adopção restrita em adopção plena o Tribunal Constitucional entendeu não se revelar arbitrária a manutenção da exigência da menoridade do adoptado, uma vez que só a adopção de menores realiza a finalidade deste instituto de promover a integração de crianças desamparadas num meio familiar, onde possam crescer e desenvolver a sua personalidade.

Já o Acórdão n.º 551/03, apreciou um pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1980.º, n.º 2, do C.C., na interpretação de que o requisito da menoridade deve existir no momento da propositura da acção e não do pedido prévio feito ao organismo da segurança social, com fundamento na violação do direito do adoptando a constituir família. Tratava-se de um caso em que havia sido indeferido um pedido de adopção plena pelo marido da mãe do adoptando quando este já havia completado 18 anos, apesar do procedimento administrativo prévio se ter iniciado quando este ainda tinha 16 anos.

Também neste recurso o Tribunal Constitucional recordou a ampla liberdade do legislador definir as condições da adopção e a compatibilidade da solução questionada com as finalidades sociais do instituto da adopção e realçou que da exigência da menoridade no momento da propositura da acção judicial, e não no do início do procedimento administrativo poderá resultar, no máximo, uma curta dilação, designadamente nos casos em que, como o presente, se trata da adopção de filho do cônjuge do adoptante, em relação ao qual o período de pré-adopção não excede três meses. Tal dilação foi encarada como não configurando uma solução capaz de afectar injustificadamente o direito constitucional à adopção, mormente quando, por um lado, ela resulta da necessidade de averiguar, em inquérito próprio, a personalidade e saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade daquele para criar e educar este, a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção, e quando, por outro lado, o candidato a adoptante pode precaver-se, perante o texto claro da lei – que exige a menoridade à data da propositura da acção –, e comunicar aos organismos da segurança social a intenção de adoptar com a devida antecedência.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. O direito a alimentos do filho menor

O Código de Processo Civil (artigo 824.º, n.º 1 e 2), de modo a garantir a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente dos rendimentos do trabalho ou de pensão do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna, determina, em regra, a impenhorabilidade, no mínimo, da parte desses rendimentos equivalente ao salário mínimo nacional. Contudo, afasta essa impenhorabilidade, quando se trata de afectar esses rendimentos à satisfação de um crédito por alimentos.

Foi exactamente esta excepção cuja constitucionalidade foi questionada perante o Tribunal Constitucional, quando se encontrava em causa a cobrança de um crédito de alimentos devidos a filho menor, através da execução de uma pensão por invalidez que o pai devedor recebia da Segurança Social.

No Acórdão n.º 306/05 procurou-se uma difícil conciliação entre o dever constitucional dos progenitores garantirem a sobrevivência dos filhos e a necessidade de garantir a todos os cidadãos uma subsistência condigna, para tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se um limite razoável para a penhora da pensão social no valor do “rendimento social de inserção”, prestação social de cariz assistencial que é inferior ao valor do salário mínimo nacional e que foi considerado como o patamar do mínimo necessário a uma sobrevivência digna.

Neste equilíbrio de direitos não se deixou de ter presente que o pai já esgotara todas as possibilidades de obter apoio social enquanto o filho ainda podia aceder a outras ajudas públicas e privadas.

O mesmo juízo veio a ser seguido pelo Acórdão n.º 312/07.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ¹

Ac. n.º 99/88, de 28-4-1988

D.R. n.º 193, II Série, de 22-8-1988, pág. 7642.

B.M.J. n.º 376, pág. 308.

A.T.C. 11.º vol., pág. 785.

Ac. n.º 413/89, de 31-5-1989

D.R. n.º 213, II Série, de 15-9-1989, pág. 9244.

B.M.J. n.º 387, pág. 262.

Ac. n.º 451/89, de 21-6-1989

D.R. n.º 218, II Série, de 21-9-1989, pág. 9521.

B.M.J. n.º 388, pág. 561.

A.T.C. 13.º vol., II, pág. 1321.

Ac. n.º 105/90, de 29-3-1990

B.M.J. n.º 395, pág. 185.

A.T.C. 15.º vol., pág. 357.

Ac. n.º 359/91, de 9-7-1991

D.R. n.º 237, IA Série, de 15-10-1991, pág. 5332

B.M.J. n.º 409, pág. 170.

A.T.C. 19.º vol., pág. 189.

¹ Com exceção dos Acórdãos n.º 99/88 e 413/89, todas as decisões do Tribunal Constitucional referenciadas, podem ser consultadas no site www.tribunalconstitucional.pt.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ac. n.º 370/91, de 25-9-1991

D.R. n.º 78 – Sup., II Série, de 2-4-1992, pág. 3112.

B.M.J. n.º 409, pág. 314.

A.T.C. 20.º vol., pág. 321.

Ac. n.º 57/95, de 16-2-1995

D.R. n.º 87, II Série, de 12-4-1995, pág. 4041.

B.M.J. n.º 446 Sup., pág. 225.

A.T.C. 30.º vol., pág. 141.

Ac. n.º 311/95, de 20-6-1995

Ac. n.º 645/95, de 21-11-1995

Ac. n.º 1221/96, de 4-12-1996

D.R. n.º 33, II Série, de 8-2-1997, pág. 1695.

B.M.J. n.º 462, pág. 121.

A.T.C. 35.º vol., pág. 557.

Ac. n.º 286/99, de 11-5-1999

D.R. n.º 246, II Série, de 21-10-1999, pág. 15788.

B.M.J. n.º 487, pág. 86.

A.T.C. 43.º vol., pág. 503.

Ac. n.º 506/99, de 21-9-1999

D.R. n.º 65, II Série, de 17-3-2000, pág. 5167.

A.T.C. 44.º vol., pág. 763.

Ac. n.º 320/00, de 21-6-2000



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D.R. n.º 241, II Série, de 18-10-2000, pág. 16786.

B.M.J. n.º 498, pág. 26.

A.T.C. 47.º vol., pág. 507.

Ac. n.º 275/02, de 19-6-02

D.R. n.º 169, II Série, de 24-7-02, pág. 12896.

A.T.C. 53.º vol., pág. 479.

Ac. n.º 195/03, de 9-4-2003

D.R. n.º 118, II Série, de 22-5-2003, pág. 7797.

A.T.C. 55.º vol., pág. 897.

Ac. n.º 456/03, de 14-10-2003

D.R. n.º 34, II Série, de 10-2-2004, pág. 2368.

A.T.C. 57.º vol., pág. 461.

Ac. n.º 525/03, de 29-10-2003

Ac. n.º 551/03, de 12-11-2003

D.R. n.º 42, II Série, de 19-2-2004, pág. 2864.

A.T.C., 57.º vol., pág. 895.

Ac. n.º 88/04, de 10-2-2004

D.R. n.º 90, II Série, de 16-4-2004, pág. 5962.

A.T.C. 58.º vol., pág. 423.

Ac. n.º 486/04, de 7-7-2004

D.R. n.º 35, II Série, de 18-2-05, pág. 2456

A.T.C. 60.º vol., pág. 191.

Ac. n.º 159/05, de 29-3-2005



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D.R. n.º 248, II Série, de 28-12-05, pág. 18056.

A.T.C. 61.º vol., pág. 535.

Ac. n.º 233/05, de 3-5-2005

D.R. n.º 149, II Série, de 4-8-05, pág. 11132.

Ac. n.º 306/05, de 8-6-2005

D.R. n.º 150, II Série, de 5-8-05, pág. 11186.

A.T.C. 62.º vol., pág. 649.

Ac. n.º 614/05, de 9-11-2005

D.R. n.º 249, de 29-12-05, pág. 18116.

A.T.C. 62.º vol., pág. 317.

Ac. n.º 23/06, de 10-1-2006

D.R. n.º 28, IA Série, de 8-2-06, pág. 1026.

A.T.C. 64.º vol., pág. 81.

Ac. n.º 277/06, de 2-5-2006

D.R. n.º 110, II Série, de 7-6-06, pág. 8260.

A.T.C. 65.º vol., pág. 65.

Ac. n.º 517/06, de 26-9-2006

Ac. n.º 86/07, de 6-2-2007

D.R. n.º 93, II Série, de 15-5-2007, pág. 12685

A.T.C. 67.º vol., pág. 425.

Ac. n.º 87/07, de 6-2-2007

D.R. n.º 93, II Série, de 15-5-2007, pág. 12697.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ac. n.º 134/07, de 27-2-2007

D.R. n.º 121, II Série, de 26-6-07, pág. 17955.

A.T.C. 67.º vol., pág. 651.

Ac. n.º 210/07, de 21-3-2007

D.R. n.º 97, II Série, de 21-5-07, pág. 13517.

A.T.C. 68.º vol., pág. 537.

Ac. n.º 312/07, de 16-5-2007

D.R. n.º 125, II Série, de 2-7-07, pág. 18704.

A.T.C. 69.º vol., pág. 309.

Ac. n.º 589/07, de 28-11-2007

D.R. n.º 13, II Série, de 18-1-08, pág. 2519.

A.T.C. 70.º vol., pág. 519.

Ac. n.º 609/07, de 11-12-2007

D.R. n.º 48, II Série, de 7-3-08, pág. 9789.

Ac. n.º 410/08, de 31-7-2008

D.R. 185, II Série, de 24-9-08, pág. 40240.

A.T.C. 72.º vol., pág. 735.

Ac. n.º 101/09, de 3-3-2009

D.R. n.º 64, II Série, de 1-4-2009, pág. 12452.

Ac. n.º 359/09, de 9-7-2009

D.R. n.º 214, II Série, de 4-11-2009, pág. 44970.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ac. n.º 626/09, de 2-12-2009

D.R. n.º 11, II Série, de 18-1-2010, pág. 2378.

Ac. n.º 651/09, de 15-12-2009

D.R. n.º 22, II Série, de 2-2-2010, pág. 5098.

Ac. n.º 65/10, de 4-2-2010

D.R. n.º 46, II Série, de 8-3-2010, pág. 10194.

Ac. n.º 121/10, de 8-4-2010

D.R. n.º 82, II Série, de 28-4-2010, pág. 22367