

O PARENTESCO CIVIL COMO FORMA DE RELAÇÕES FAMILIARES. NARRAÇÃO SOBRE AS MUTAÇÕES DAS RELAÇÕES FAMILIARES BASEADOS NA AFETIVIDADE[†]

Francisca Nassoma Kumandala Bental

Resumo: A família tende, cada vez mais, a transformar-se de experiência total e permanente em experiência parcial e transitória da vida individual. Contudo, a odisséia da transformação na regulação jurídica da família tendo começado o seu percurso no final do século XX, sobretudo a partir da década de setenta, com os ideais de democratização da família lograram libertar a mulher do estatuto desigual face ao modelo anterior que a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei, bem como entre filho. No presente texto, analisamos a cedência do princípio do respeito a verdade biológica face a resistência dos valores sociais da nova ordem social e da heteronomia, bem como a construção parental pelo vínculo de afeto tendo em conta os novos formatos de família. Concluimos que as mutações das famílias tendem a valorar a afetividade em detrimento ao predomínio biológico.

Palavras-Chave: biológico; família; filiação; parentalidade; socioafetividade

Abstract: The family tends increasingly to transform itself from total and permanent experience into partial and transient experience of individual life. However, the odyssey of transformation in the legal regulation of the family began its journey in the late XX century, especially from the seventies, with the ideals of

[†] Relatório para obtenção de certificado do I Curso de Pós-graduação em Direito da Criança, Família e Sucessões.

family democratization managed to free women from unequal status compared to the previous model that confined, to give him an equal status before society and the law, as well as between son. In the present text, we analyze the yielding of the principle of respect for biological truth in face of the resistance of social values of the new social order and of heteronomy, as well as the parental construction by the bond of affection taking into account the new family formats. We conclude that family mutations tend to value affectivity over biological predominance.

Keywords: biological; family; affiliation; parenting; socio-affectivity

Sumário: 1. Introdução; 2. Afetividade elemento constitutivo da parentalidade; 3. A desbiologização da paternidade; 4. O pai social *versus* autoridade parental; 5. Adoção, família recomposta e famílias reconstruídas; 6. Dos direitos decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva; 7. Sensibilidade e Direito na proteção da criança e jovens em perigo; 8. Conclusão. 9. Breves comentários.

1. INTRODUÇÃO*

* *Principais siglas e abreviaturas:* Ac. Acórdão; Al. Alínea; Als. Alíneas ; Ampl. Ampliada; Art.º Artigo; Art.ºs Artigos; Atual. Atualizada; CC Código Civil; CCBr Código Civil Brasileiro; Cfr. Conferir/confrontar; Cit. Citado; CFBConstituição Federal Brasileira; CRPConstituição da República Portuguesa; DL Decreto-Lei; ed. Edição; ex. Exemplos; *i.e.* isto é; Jur. Jurisprudência; LPCJP Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; ob. cit. Obra citada; n.º Número; n.ºs Números ; p. Página; pp. Páginas; Proc. Processo; PMA Procriação Medicamente Assistida; RJACRegime Jurídico do Apadrinhamento Civil; Rev. Revisto; s. Seguinte; ss. Seguintes; STJ Supremo Tribunal de Justiça ; TRC Tribunal da Relação de Coimbra; TRE Tribunal da Relação de Évora; TRG Tribunal da Relação de Guimarães; TRL Tribunal da Relação de Lisboa; v. Vide; vol. Volume.



om o transcurso do tempo, a sociedade vai adquirindo novos valores éticos e culturais que se reflete nas relações parentais. Os fenômenos afetivos¹ surgem na relação parental de forma a manifestar uma nova realidade jurídica que possa permitir a proteção e reconhecimento da filiação socioafetiva para a constituição familiar.

A superação da tradicional estrutura eminente funcional do conceito de família, composto pela ascendência e descendência biológica, exige das relações parentais elementos que transcendem a simples consanguinidade. Ao dizer isso, já estou a dizer que no âmbito do estabelecimento da maternidade e da paternidade com o recurso a inseminação com dador, na doação e no caso de posse de estado de filho, o princípio da verdade biológica não pode ter lugar por definição.

No contrapasso da evolução tecnológica e das ciências biológica, o direito a constituir família, a dignidade da pessoa humana e a afetividade, da técnica de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e da partilha de responsabilidade, sem esquecer da crise do princípio respeito pela verdade biológica, exigem que todos os institutos relacionados à afirmação de vínculos parentais sejam revistos.

Paralelamente a figura da procriação, hodiernamente o instituto da família que tem por objetivo fundamental a realização da afetividade estável é a socioafetividade. Nesta ótica surge a discussão sobre a parentalidade socioafetiva no qual se aprecia o valor jurídico do afeto nos novos arranjos familiares e de novas formas de parentesco, alicerçados no princípio de direito de constituir família.

Contudo, a carência de análise social de família, torna ainda mais difícil a sua progressão jurídica, por falta de compreensão de fraturas culturais em volta da imprecisão dos contornos

¹ Cfr., Custódio Rodrigues, Delimitação do conceito de afectividade *in afectividade*, Porto, 1989, p. 15.

da realidade.

Com o presente trabalho propusemos confrontar a paternidade estritamente biológica com a paternidade socioafetiva, através de valores para além da biologia e genética pelos valores ídeo-afetivos que vêm sendo proclamado na seara jurídica.

O tema em causa é alvo de um tratamento comparado, por parte do Direito de Família brasileiro e português.

2. A SOCIOAFETIVIDADE ELEMENTO CONSTITUTIVO DA PARENTALIDADE

O fenómeno afetivo é a base fundamental para a constituição familiar que irá se refletir no desenvolvimento harmonioso e equilibrado de todos os seus membros, por forma a que cada um possa realizar plenamente a sua personalidade e suas aptidões, no interesse de toda a sociedade. A doutrina moderna da psicologia entende a afetividade como «grande dimensão do psiquismo que, introspectivamente, permite o apercebermo-nos da tonalidade agradável ou desagradável dos diversos fenómenos psíquicos, e extrospectivamente, se manifesta por modificações na intensidade do comportamento, as quais são observáveis, passíveis de registo e qualificáveis.²»

Importa identificar que o conceito de família parte, quer da origem biológica, quer da afetividade, porém, é na família que cada um primeiro se apercebe da sua incompletude radical e se humaniza no intercâmbio com os outros³. Para Maria Margarida Silva Pereira, o conceito de família não se obtém a partir de uma definição, ou de uma cláusula genérica cuja hermenêutica sustentada permita chegar a porto de delimitação⁴. Alguma doutrina entende que, família consiste na organização cultural

² Cfr., Custódio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 15.

³ Cfr., Diogo Leite de Campos, A família: do Direito aos direitos, *in O Direto*, Ano 139.º (2007), III, p. 507.

⁴ Cfr., Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, Nova Causa Edições Jurídicas, maio 2016, p. 48.

ou social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos e afetivos⁵.

Sustenta Heloisa Sami Daou, que «família é uma constituição cultural, onde pessoas se unem e socialmente elaboram normas de convivência pacífica e amorosa. Reitera mesma doutrinária que a família socioafetiva se assenta no sentimento e se solidifica na convivência diária, no cuidado mútuo, no companheirismo, na amizade, no conhecer e amar um ao outro.⁶»

Pode-se dizer que, a família é uma instituição que não oferece uma noção acabada, sendo um produto cultural está sujeito as modificações históricas, antropológicas, geográfica e sociológicas.

Portanto, família como núcleo fundamental da organização da sociedade, é objeto de proteção do Estado (n.º 2, art.º 67.º da CRP), sendo o lugar privilegiado para realização do vínculo afetivo através de sentimentos nutrido de amor, carinho e de cuidado que as pessoas desenvolvem mutuamente. A isto, visualizasse o valor jurídico do afeto nas relações jurídicas constitutivas (relação de filiação derivada da adoção, famílias monoparentais, homoafetivas), modificativas (de namoro para casamento) e extintivas (destituição de matrimônio, instituição da filiação adotiva em detrimento da biológica).

Alguma doutrina sustenta que o primeiro grande marco que introduziu profunda revolução no direito das famílias foi a quebra do princípio de que a família se identificava com o casamento. No momento em que se admitiram como entidades familiares estruturas não constituídas pelo matrimônio, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da

⁵ Neste sentido Roberta Carvalho Vianna, O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies na instituição no ordenamento jurídico brasileiro, in *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, vol. 18, n.º 24, 2011, p. 513, disponível

⁶ Cfr., Heloisa Sami Daou, Paternidade socioafetiva: o valor jurídico do afeto, in *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 2, n.º 1, Brasília, jan/jul. 2016, p. 231, disponível em:

família⁷.

Apesar de o afeto não estar tutelado de forma expressa, notasse o seu valor fundamental no ordenamento nas seguintes disposições; na igualdade dos filhos (n.º 4 do art.º 36.º da CRP); na adoção (n.º 7, do art.º 37.º da CRP, art.º 1973.º ss do CC⁸, conjugado com a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro); no reconhecimento de união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, e Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro); no exercício do poder paternal (art.º 1879.º ss); dever dos filhos de honrar e respeitar seus pais (art.º 1876.º); o dever de alimento dos filhos para com os pais (art.º 2009.º, als. b) e f)), no apadrinhamento civil (art.º 2.º, da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que aprova o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil); filiação por consentimento não adotivo⁹ (art.º 1839.º, n.º 3), dentre outros. Para tanto, as relações familiares são fruto da afetividade.

Sustentam Carlos Pamplona Corte-Real e Jéssica Souza Esmeraldo que «A verdade sociobiológica e a relevância da socioafetividade são caracteres, mais do que insiste-se princípios, que não permitem ao intérprete encontrar soluções jurídicas, mas quando muito índices remotos das mesmas¹⁰.»

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa entende que «constitui a essência dos direitos parentais para o progenitor não guardião do menor, funcionando como um meio desse progenitor, manifestar a sua afetividade para com o filho, estreitando laços, partilhado emoções e ideias, e transmitindo-lhe valores, sentimentos de todo indispensáveis ao real crescimento do

⁷ Cfr., Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, 4.ª ed., rev., atuali. E ampl., Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 327.

⁸ Doravante, sempre que não se indique o diploma legal a que pertence o artigo presume-se que o mesmo é o Código Civil Português.

⁹ Cfr., Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., AAFDL, 2009, p. 136.

¹⁰ Vide Carlos Pamplona Corte-Real/Jéssica Souza Esmeraldo, *O Direito da Família: biologismo versus afetividade*, in *Revista de Direito Civil*, Ano IV (2019), n.º 2, p. 280.

menor e ao seu desenvolvimento harmonioso do ponto de vista psicológico.^{11»}

O legislador de 2008¹², conhecedor da importância do estabelecimento e manutenção de laços afetivos com ambos os progenitores, veio consagrar que o tribunal deverá ainda promover e aceitar acordos ou tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha e de responsabilidade.

Das relações de parentesco, o elo mais íntimo é o de linha reta concebida por laços de consanguinidade, isto é, de ascendente e descendente. Guilherme de Oliveira escreveu que «isto não quer dizer que se fundem sempre em factos biológicos – na verdade, há casos em que a maternidade e a paternidade assentam apenas na vontade de assumir um projeto parental.^{13»}

Podemos suster que a parentalidade socioafetiva constituir-se-á na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga, na afinidade e na posse do estado de filho quando se verificarem, cumulativamente, os requisitos do nome, trato e fama (n.º 3, do art.º 1813.º). No entanto, o sistema jurídico português ainda não reconhece a sociafetividade (a posse de estado de filho) como fundamento normal e suficiente para estabelecer a paternidade ou a maternidade, pretendendo fazer coincidir a filiação jurídica com a filiação biológica.

Aproposito, termina Jorge Duarte Pinheiro que «a filiação biológica é a principal modalidade de filiação, ao passo que a filiação adotiva e por consentimento não adoptivo, estando estreitamente associada à procriação medicamente assistida, são modalidades subsidiárias^{14.»}

No direito brasileiro, a parentalidade, assenta na verdade

¹¹ Ponto 3, do Acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2006, processo n.º 5145/2007-6, acessível em www.dgsi.pt

¹² Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, altera o regime jurídico do divórcio.

¹³ Cfr., Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, janeiro 2019, p. 20.

¹⁴ Cfr., Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 136.

socioafetiva não na verdade biológica, em que uma ligação de confiança e ternura são ingredientes fundamentais de um verdadeiro estabelecimento de filiação e que, muito significativamente, desloca as frias pretensões da consanguinidade.

Justamente em referência aos limites da verdade biológica, que João Baptista Villela observou:

«a filiação se arrumado por inteiro nos quadros do determinismo biológico. É, portanto, essencialmente estática, acabada e fechada sobre si mesma. Não contém nem pode conter qualquer potencialidade compreensiva de um natural sentimento de admiração. Por isso o filho tem que ser *mais alguma coisa*, ao invés de ser simplesmente *mais um filho*.¹⁵»

A doutrina sustenta que, toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica¹⁶. Note-se que, com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem (adoção, inseminação artificial heteróloga e a posse de estado de filiação arts. 1593.º, 1597.º, III, e 1605.º do CCB., respetivamente), em igualdade de direitos (art.º 1596.º CCB.), contudo, o sistema judicial brasileiro permite a ação de reconhecimento da paternidade socioafetiva¹⁷.

Neste paradigma, concordamos com a tese que sustenta a afirmação que o que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade paternal, externado sob roupagem de conduta objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba gerar o vínculo jurídico da parentalidade¹⁸. Na mesma

¹⁵ Cfr., João Baptista Villela, Desbiologização da Paternidade, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, 1979, p. 412, disponível em; <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>

¹⁶ Neste sentido vide, Paulo Lôbo, Paternidade socioafetividade e o retrocesso da súmula 301 – STJ, disponível em; http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf

¹⁷ Dentre outros, serve de exemplo o Acórdão n.º 0275921-52.2013.8.13.0433, da 7.ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG, de 07 de fevereiro de 2014, disponível em; <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/publicacoes>

¹⁸ Cfr., Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigues, A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade, in *Revista Brasileira*

linha registram Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigue, que «o princípio da afetividade funciona como vetor que reestrutura a tutela jurídica do direito de família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade...¹⁹».

A parentalidade de origem biológica é atribuída pelo direito, enquanto a relação socioafetiva é reconhecida pelo direito a partir dos factos consolidados da vida familiar²⁰ ora existente. Em suma, a verdade sociológica rica de conteúdo e útil à disposição ordenadora do direito, pode servir de elemento bastante para constituir a relação parental.

3. A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

O direito da família era o sector do direito civil, tradicionalmente, onde se encontravam mais normais imperativas que o caracterizavam²¹, escreveu Diogo Leite de Campos que «O Direito de Família estava no cerne da ordem natural do Direito²²...». Porém, os tempos mudaram, as últimas décadas conduziram os avanços da genética que não permitem conservar as leis a que nos habituamos, e o princípio do respeito a verdade biológica, já não consegue disciplinar totalmente a sociedade contemporânea e as aspirações dos indivíduos, cedendo aos valores sociais da

de *Direito Civil*, vol. 4, abr/jun 2015, p. 17, disponível em

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Neste sentido vide, Paulo Lôbo, *Socioafetividade: o estado da arte do direito de família brasileiro*, in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Vol. 1, (2015), n.º 1, p. 1750, acessado em; <https://blook.pt/publications/publication/92489ee9ed83/>

²¹ Chegou a ser tomado como um ramo de direito público por alguns autores, dentre eles; Oliveira Ascensão, *Direito e Bioética*, in *Direito da Saúde e Bioética*, LEX, 1991; Maria do Carmo Medina, *Direito da Família*, 1.ª ed., Escolar Editora, 2011 e Diogo Leite de Campos, *A família: do Direito aos direitos*, in *O Direito*, Ano 139.º (2007), III, p. 505 ss.

²² Cfr., Diogo Leite de Campos, *A nova família*, in *Direito de Família e do Menor: inovações e tenências –doutrina e jurisprudência, coordenação e compilação por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1992, p. 22.

nova ordem social e da heteronomia²³, em nome de princípios tidos por constitucionais como o direito de constituir família, do livre desenvolvimento da personalidade e o do respeito pela dignidade humana.

Partindo do facto biológica, o conceito da paternidade chega aos rudimentares predicamentos, sociais, jurídicos e religiosos, que garante um lugar ao sol incipiente da cultura. Portanto, como a gravidez é um fenómeno feminino e ostensivo, a responsabilidade da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada, ao contrário do homem, cuja participação deixa vestígios seguros, caso o associasse à mulher o vínculo de justas núpcias²⁴. Para Melissa Barbieri de Oliveira e Yaneh Fiorenza, a desbiologização da paternidade «consiste, basicamente, na inexistência ou ruptura do convívio entre pais e filhos biológicos [...]»²⁵

Em matéria de investigação de paternidade, ainda vigora a regra de *exceptio plurium concubentium* (art.º 1796.º), ou seja, a exclusão da responsabilidade ao fundamento de ter a mãe coabitado com outros homens no tempo presumível a concepção²⁶, pode-se dizer que, nesta situação, o pai jurídico seria o pai socioafetivo. Aqui, é preciso diferenciar duas realidades distintas: primeira, é a responsabilidade pelo ato da coabitação sexual

²³ Vide Guilherme de Oliveira, Critérios jurídicos da parentalidade, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, fevereiro 2016, p. 272.

²⁴ Cfr., João Baptista Villela, *ob. cit.*, p. 401.

²⁵ Cfr., Melissa Barbieri de Oliveira e Yaneh Fiorenza, A evolução das relações familiares e a desbiologização da paternidade, vol. 13, n.º 18, jul/dez 2011, p. 191, disponível em; file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/7980-32773-1-PB.pdf

²⁶ Disponha o n.º 2 do art.º 40.º do Decreto de 25 de dezembro de 1910, que «quando a mãe era inábil pelo facto de estar casada com outrem nos primeiro cento e vinte dias do trezentos que procedem o nascimento do filho ilegítimo, a acção de investigação de paternidade só poderá ser recebida em juízo quando a sentença passada em julgado tiver declarado nos termos dos artigos 10.º a 12.º que o filho não é do matrimónio. Nesta conformidade foi proferida o Acórdãos Uniformização de Jurisprudência, n.º SJ196007150579192, de 15 de julho de 1960, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/C3391C972F58BB36802568FC00397E09>

ou mediante utilização de técnicas de PMA, de que pode resultar a gravidez, outra bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade.

O § 7º, do art.º 226.º da Constituição Federal Brasileira, pôs fim à preeminência da paternidade biológica albergando a noção de paternidade responsável, assim, o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação vivida.

Este conceito rediz no adagio popular de que, pai não é apenas o doador de uma parte fecundante, mas sim, aquele que dá afeto e exerce o poder paternal permanente e efetivamente. Todavia, por mais que se constitua a paternidade por via de laço biológico, ele jamais conseguirá impor o que o genitor se torne pai²⁷.

Consolidou-se na jurisprudência e na doutrina brasileira que a filiação afetiva não pode ser objeto de impugnação, quando comprovada a posse de estado de filiação, não podendo prevalecer a origem biológica, que não tenha sido acompanhada de convivência familiar duradoura com pais socioafetivos ou quando derivar da adoção²⁸.

Quanto a realidade jurisprudencial portuguesa, dita STJ que «Quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidade que comprometem o estabelecimento de uma relação afectiva gratificante e securizante para a criança é imperativo Constitucional que se salvaguarde o superior interesse da criança, particularmente através da adopção mas ainda que atento o primado da família biológica, há efectivamente que apoiar as famílias disfuncionais, quando se vislumbra a possibilidade destas reencontrarem o equilíbrio²⁹.» no mesmo

²⁷ Defende neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste? Disponível em; <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/149-pai-por-que-me-abandonaste->

²⁸ Cfr., Paulo Lôbo, *ob. cit.*, p. 1743-1751.

²⁹ Acórdão do STJ, de 30 de novembro de 2004, in CJ, T. 3, p. 130.

entendimento o Tribunal da Relação de Évora³⁰ realça que «São os pais que têm em primeiro lugar uma influência decisiva na organização do Eu da criança. Quem exerce as funções parentais deve prestar os adequados cuidados e afetos. E, se atento o primado da família biológica há que apoiar as famílias disfuncionais, quando se vê que há possibilidade destas encontrarem o seu equilíbrio, há situações em que tal já não é possível, ou pelo menos já o não é em tempo útil para a criança.»

Com efeito, a medida prevista no art.º 35.º, n.º 1, al. g) da Lei de Proteção à Criança e Jovens em Perigo, decretada tendo em vista a futura adoção provoca a inibição do exercício das responsabilidades parentais (art.º 1978.º-A do CC), pressupõe o corte da criança com a família biológica. Nesta conformidade, determinou o Tribunal da Relação de Guimarães que essa medida «visa criar um novo projecto de vida [...], para que a criança encontre, rapidamente, o equilíbrio numa família que queira investir nos afectos e tenha capacidade económica, financeira e emocional capaz de garantir o desenvolvimento harmonioso que a criança necessita e que pode não pode ser adiado.³¹»

O mesmo tribunal argumentou, em 2018, que «o corte dos laços entre os progenitores e a criança, há-de assentar num quadro factual de tal gravidade que seja forçoso concluir que se conservar no seio da família natural sem correr riscos definitivamente comprometedores de um são e equilíbrio desenvolvimento físico e psíquico.³²»

Verificasse nestes acórdãos, que os tribunais portugueses buscam argumentação no princípio da afetividade, demonstrando que o critério biológico não é o critério exclusivo na

³⁰ Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, de 3 de março de 2010, proferido no processo n.º 997/08.2TMFAR, acessível em www.dgsi.pt

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 8 de janeiro de 2013, processo n.º 2933/11.0TBGMR-S, acessível em www.dgsi.pt

³² Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 13 de setembro de 2018, processo n.º 220/16.6T8MAC.G2, de igual modo, acórdão da Relação de Évora de 8 de setembro de 2010, proc. n.º 155/09.9TMFAR acessível em www.dgsi.pt

formação do vínculo familiar.

Ora, a preferência do princípio da afetividade em detrimento a verdade biológica para além da adoção, é o apadrinhamento civil introduzido no direito português pela Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que supre a ausência dos pais biológicos, conferindo os padrinhos a exercerem plenamente as responsabilidades parentais, embora não assumam a qualidade de pais. Doutrina Paulo Lôbo que «pai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este.³³», por seu turno, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que «Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem ser afetiva, esta externalizada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar.³⁴» Nesta ordem de ideia, sublinham Carlos Pamplona Corte-Real e Jéssica Souza Esmeraldo que «o biologismo não é a chave das soluções legais em matéria de filiação, talvez porque haja que definir prioritariamente se a parentalidade decore apenas de aspetos genéticos ou, se tais aspetos são transcendidos por uma parentalidade de tipo socioafetivo [...]»³⁵

No entanto, conclui Jorge Duarte Pinheiro que «o biologismo não constitui um valor absoluto, nem sequer no plano da própria filiação biológica. [...] o actual movimento de aprofundamento do critério biológico no domínio da constituição da filiação em sentido estrito coexiste com o avanço das modalidades subsidiárias de filiação (a adopção e a filiação por consentimento não adoptivo), que são tributárias de um critério social – o da intenção ou projecto parenta[1]»³⁶.

Note-se que a lei não faz distinção entre filhos havidos ou não da relação de casamento e os adotados, porém, deixa uma

³³ Cfr., Paulo Lôbo, *ob. cit.*, p. 1747.

³⁴ Cfr., Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. V, 22.ª ed., rev. e atualizada por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 415.

³⁵ Carlos Pamplona Corte-Real/Jéssica Souza Esmeraldo, *ob. cit.*, p. 282.

³⁶ Cfr., Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, pp. 138-139.

imensa lacuna em relação aqueles que possuem o estado de filho, mas que não possuem parentesco sanguíneo com os menores. Destarte, a lei apenas atribui obrigação à prestação de alimentos ao padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste (al. f) do art.º 2009.º do CC). Por seu turno, o legislador brasileiro tentou resolver esta questão ao dispor no art.º 1593.º do CCB., que «o parentesco civil decorre de outra origem que não a biológica», mas deixa as relações de filiação não consanguíneas a mercê dos juízes e tribunais. Relativamente aos alimentos, a lei brasileira impõe a obrigação alimentar aos parentes sem qualquer distinção ou especificidade, art.º 1694.º do CC.

4. O PAI SOCIAL *VERSUS* AUTORIDADE PARENTAL

A propósito da Reforma de 1977, refere Guilherme de Oliveira que «O vínculo jurídico da paternidade passou a assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica [...]»³⁷.

Como acima escrevemos, o regime de filiação português regulado nos arts. 1796.º e ss. do CC., tem uma matriz fortemente biológica. A filiação ocupa o cerne do parentesco, dispondo o art.º 1578.º do CC. que é o vínculo que une duas pessoas, em consequências de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum, sendo o parentesco fonte das relações jurídicas familiares, juntamente com o casamento, a afinidade e a adoção, tal como refere o art.º 1576.º.

Ser pai é ser titular de responsabilidade parentais sobre o filho menor, nos termos do art.º 1877.º. Nos dias atuais é cada vez mais frequente nas relações sociais e familiares o parentesco sem base genética; há muitas pessoas que consideram como pai

³⁷ Cfr., Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 275.

ou mãe, até mesmo irmão, a pessoa que desempenha tal papel, independentemente de qualquer vínculo genético e jurídico. Em regra, os pais biológicos são os que alimentam, mas essas duas facetas podem não coincidir, a evidência natural poderá ceder, juridicamente, em favor da realidade cultural. Defende Jorge Martins Ribeiro que «temos casos de paternidade juridicamente estabelecida, mas não interiorizada e, como tal, não efectivamente desempenhada, que acabam até por funcionar como obstáculo ao estabelecimento de uma outra, que poderia reunir em si os dois títulos, jurídica e de facto.

Reconhece o mesmo autor que, o actual estado de coisas leva não só a que não se acautele o interesse do homem progenitor mas também a que não se acautele, sequer o superior interesse da criança, deixando-a então sem um autêntico pai, apenas com o apelido, pois a pretendida identidade entre pai (social e de afecto) e progenitor nem sempre será possível, além de que nem sempre será a solução mais adequada.³⁸»

A lei não ignora a relação quando se trata de velar pela subsistência da criança, daqui relevasse os contornos do papel do pai social, enquanto responsável pelo sustento da criança e denominador comum entre o papel de provedor e o papel de cuidador.

Entre padrasto e o enteado(a) estabelecesse uma relação familiar, já que, sendo estes casados com um progenitor da criança estão relacionados pela afinidade³⁹ «vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro (art.º 1584.º).» No caso da união de facto, não existe um dever de o companheiro do progenitor prestar alimentos o filho deste, nem o dever legal de contribuir para os encargos da vida familiar em que a criança se

³⁸ Cfr., Jorge Martins Ribeiro, O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar, Coimbra Editora, 1.ª ed., abril 2013, p. 107.

³⁹ O Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, considera também equiparada à afinidade «a relação familiar resultante de situação de união de facto há mais de dois anos».

insere⁴⁰.

Apesar da alteração introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, relativamente à cessação da relação da afinidade com o divórcio, ainda assim, este vínculo «não cessa pela dissolução do casamento por morte (art.º 1585.º).»

A obrigação de alimentos do padrasto (o afim no primeiro grau da linha recta ascendente) em relação aos enteados é subsidiária só será invocada na ausência de resposta de ascendentes, irmãos ou tios (art.º 2009.º, n.º 1, als. c), d) e e))⁴¹. Esta imposição legal tem por base o vínculo de afinidade e o dever de assistência que compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (art.º 1675.º), uma vez que o progenitor da criança e o padrasto eram casado no momento da morte, e estava a cargo deste. Neste sentido, vem dizer Paula Távora Vítor que «Será assim porque era um filho de anterior relação do cônjuge e, portanto, uma presença familiar com a qual poderia contar aquando da celebração do casamento.

A mesma autora sublinha que, padrasto coabitou com o afilhado, assumindo muitas vezes o papel de cuidador, ou em que, mesmo não existindo coabitação, este se encontrava à guarda do seu cônjuge e em que, portanto o dever de cooperação exigia uma co-responsabilização pelo grupo familiar (art.º 1674.º), para além da contribuição para os encargos da vida

⁴⁰ Paula Távora Vítor, A carga do sustento e o “pai social”, in *Textos de Direito da Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, fevereiro 2016, p. 640, considera estar presente o cumprimento de uma obrigação natural (art.º 402.º do CC). Ou seja, o membro da união de facto assegura o sustento do filho do companheiro porque o entende como dever de ordem moral ou social, que corresponde a um dever de justiça, ainda que não seja judicialmente exigível.

⁴¹ Vide a Convenção Relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, concluída na Haia aos 15 de abril de 1958, incorporado pelo Decreto-Lei n.º 246/71, de 3 de junho; Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, concluída na Haia em 2 de outubro de 1973, incorporado pelo Decreto-Lei n.º 339/75, de 2 de julho e a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas a Obrigação Alimentares, concluída na Haia em 2 de outubro de 1973, incorporado pelo Decreto n.º 338/75, de 2 de julho.

familiar⁴².

Da obrigação alimentícia do padrasto, poderíamos concluir que se trata de um dever parental, contudo, não há fundamento técnico para sustentar tal posição. Pós que a obrigação não decorre das responsabilidades parentais, mas do vínculo com o progenitor da criança e os seus efeitos são mediados por esta relação⁴³.

Sublinho, neste ponto, tal com reconhece a jurisprudência «as decisões quanto à regulação do poder paternal são maleáveis e susceptíveis de ajustamentos a novas situações, pelo que há a possibilidade de, a médio prazo, encontrar, se tal for aconselhável, uma situação mais maleável.⁴⁴», que tais situações maleáveis susceptíveis a novas situações seria o direito de visita e de guarda do padrasto, pelo fato de este assumiu, certo período, o papel de provedor e cuidador na vigência da coabitação com a progenitora do menor.

5. ADOÇÃO, FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

A adoção como instituição interessa-nos essencialmente na perspetiva dos diferentes regimes consagrados em matéria de efeitos alcançados na filiação biológica. Esta figura sofreu algumas alterações, assim, a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, alterou a regra do acesso ao conhecimento das origens⁴⁵ pelas pessoas adotadas. Porém, o art.º 1586.º dá a noção de adoção: é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas

⁴² Cfr., Paula Távora Vitor, *ob. cit.*, pp. 631-635.

⁴³ *Idem*, p. 637.

⁴⁴ Ponto 4, do Acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2006, processo n.º 5145/2007-6, acessível em www.dgsi.pt

⁴⁵ Sobre a temática, vide Rafael Vale e Reis, O direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra Editora, 2008; J. Pinto Monteiro, O direito a conhecer as origens na adoção, LEX Familiae, n.º 8, 2007.

pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes.

Com efeito, o art.º 1990.º-A estatui que «Às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.» Há autores que defendem que «o objetivo do segredo das origens não deveria pôr em causa a “paz das famílias” (adotante e natural), por se estar perante uma circunstância secundária, situada no plano dir-se-ia da simples curiosidade, que não parece ter a ver, em rigor, com o interesse superior da criança.

Os mesmos doutrinários alegam que se é difícil definir a extensão do direito à identidade pessoal, na sua historicidade, mais difícil será não entender a importância de uma autonomia da família adotiva no exercício da sua parentalidade⁴⁶.»

A par da filiação a lei permite o estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação, o de adoção plena, na medida em que o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus descendentes e colaterais naturais, parte final do n.º 1, do art.º 1974.º e n.º 1, do art.º 1986.º. Estas disposições legais mostram o distanciamento entre a família adotiva e biológica. Por sua vez, sustentam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que «adoção assenta em outra verdade, uma verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco⁴⁷.

De referir que, as alterações introduzidas no regime da adoção erigem, cada vez mais, o princípio do superior interesse da criança em finalidade suprema de instituto. Porém, o interesse do menor constitui um conceito jurídico indeterminado utilizado pelo legislador e que podia ser já encontrado na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia

⁴⁶ Carlos Pamplona Corte-Real/Jéssica Souza Esmeraldo, *ob. cit.*, p. 287.

⁴⁷ Cfr., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Direito da Família: Adoção e Apadrinhamento Civil*, Coimbra, fevereiro de 2017, pp. 6-7

Geral das Nações Unidas 1386 (XIV) de 20 de novembro de 1959. Estabelece esta Convenção, no seu princípio 2.º, «A criança gozará de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao proclamar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.»

A respeito a Relação de Évora⁴⁸ conceitua que «o conceito de interesse do menor tem de ser entendido em termos absolutamente amplos de forma a abarcar tudo o que envolva os legítimos anseios e necessidades daquele, nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral e social.

E este interesse tem de ser ponderado casuisticamente em face duma análise concreta de todas as circunstâncias relevantes. A personalidade da criança constrói-se nos primeiros tempos de vida, isto é, na infância, desenvolvendo-se na adolescência. Infância e adolescência são estádios fulcrais no desenvolvimento do ser humano, revelando-se fundamental que a criança seja feliz e saudável para que venha a ser, na idade adulta, um ser equilibrado e feliz.»

No mesmo sentido, vem dizer o Tribunal Constitucional que o superior interesse da criança «é um imperativo que exige que se conceda ao adotando uma adequada inserção familiar que lhe proporcione um desenvolvimento físico, intelectual e moral, acrescido de uma razoável expectativa de felicidade pessoal⁴⁹.»

Neste cenário, levantasse dúvidas doutrinárias em saber se o interesse da criança é o de entrar numa nova família que permita o desenvolvimento integral da sua personalidade,

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2014, proc. n.º 100/14, acessível em www.dgsi.pt

cortando-se a ligação à família biológica, ou antes o de permanecer na sua família de sangue, certamente com o necessário apoio do Estado. Justificam estes autores que «Se os pais biológicos, ou os outros familiares que têm a criança a cargo, consentem na adoção e o seu consentimento é genuíno e autêntico, não surgem dificuldades. E estas também não surgem se os pais biológicos ou os outros familiares não consentem na adoção, mas põem em perigo, *culposamente*, a vida, a integridade física, a saúde ou a formação moral da criança ou do jovem⁵⁰.»

Por seu turno, as famílias recompostas e reconstituídas acentuaram na década de 1970, período em que se verificou uma mutação acelerada da regulação jurídica da família no sentido da privatização, secularização e desinstitucionalização das relações familiares e da (re)publicização do novo Direito da Família, centrado na valorização dos afetos e o aumento das situações de ruptura e recomposição familiar.

As famílias recompostas referem-se às famílias que se instalam progressivamente após a separação e o divórcio. Já as famílias reconstituídas são aquelas em que um ou ambos parceiros que compõem a nova unidade familiar criam filhos das núpcias anteriores. Essas formas familiares agora cada vez mais frequentes, têm características diferentes das tradicionais.

As diferenças estão ligadas tanto à complexidade dos papéis cobertos quanto às restrições físicas objetivas da nova estrutura familiar, vejamos; nas famílias reconstituídas, a hierarquia é mais sutil, os vínculos entre parentes são importantes e uma diferença de “poder” aparece entre o pai biológico e o não pai, nesta realidade familiar o sofrimento mental dos pais e/ou filhos parece depender também da interseção complexa de processos sócio-relacionais específicos e dos desafios de desenvolvimento a eles relacionados. Por seu turno, nas famílias recompostas existe claramente uma diferença entre o pai que coabita com os filhos e o que não coabita.

⁵⁰ Cfr., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 13

Todavia, a família recomposta não se cinge na relação entre parceiros, mas sim nos filhos que definem as funções parentais equilibradas entre pais biológicos e pais sociais, determinam e caracterizam a união do novo casal. Daqui resulta a sobreposição de funções parentais sobreposição.

No entanto, confere-se a legitimidade a família reconstituída no facto de reintegrar as vítimas de um conflito conjugal na nova estrutura familiar, visando garantir à promoção dos seus membros, certificando que a consanguinidade não é hoje um factor preponderante para a definição de uma família⁵¹.

Verificasse nessas famílias menos problemas e resistência na definição dos papéis dos novos membros, uma vez que, a possível ausência do pai/mãe biológica representa um vazio que pode ser rapidamente pela nova figura parental (padrasto ou madrasta) e sua família de origem, destarte, a regulamentação da autoridade parental nestes lares reflete na base da convivência e o êxito do novo núcleo familiar. E não se pense que esta abertura conceptual não trouxe consequências no mundo jurídico familiar, por exemplo, os deveres parentais

Esses novos laços familiares não surgiram para contrapor a família heteroparental, ao contrário, elas agregam a esta última como mais uma forma de organização familiar, detentora dos mesmos direitos e deveres. Apesar de tratar-se duma realidade social, seus efeitos jurídicos não são disciplinados em lei, o que gera desconforto e insegurança na vida dos seus componentes.

6. DOS DIREITOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Neste ponto, interessa-nos fazer breve comentário acerca dos efeitos gerais advindos do reconhecimento da

⁵¹ Cfr., Maria Goreth Macedo Valadares, *Famílias Recompuestas*, p. 8, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/50.pdf>

paternidade efetua-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação (art.º 1847.º), seja ela biológica ou socioafetiva. O reconhecimento tem eficácia declaratória com efeitos retroativo, *ex tunc*, cuja eficácia, *erga omnes*, oponente a terceiro.

Em conformidade com o princípio constitucional da igualdade entre os filhos (n.º 4 do art.º 36.º da CRP), o reconhecimento da filiação por conhecimento não adotivo ou socioafetivo produzirá os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais em relação á filiação biológica, por isso qualquer diferença feita aos filhos socioafetivos de forma que diminua seus direitos não merece amparo. Destarte, os direitos decorrentes do estabelecimento da filiação existem antes mesmo de serem reconhecidos por previsão legal que institui direitos e deveres que devem ser reciprocamente considerados.

No interesse dos filhos, os pais são obrigados a velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, e administrar os seus bens, art.º 1878.º, n.º 1. Ademais, o direito ao estado de filiação é um direito pessoal, intransmissível, irrenunciável e imprescritível, dentre estes direitos, o nome precede à faculdade de usá-la classificando como um direito personalíssimo, que o individualiza o filho e o identifica perante a sociedade.

O reconhecimento da paternidade social gera para o filho o direito a sustento – tal como refere a lei e não alimentos. Entende Maria Berenice Dias que «Entre sustento e alimentos há considerável diferença. A obrigação de sustento é obrigação de fazer. Deixando pai e filho de conviverem sob o mesmo teto e não sendo o genitor o seu guardião, passa a dever-lhe alimentos, obrigação de dar, representada pela prestação de certo valor em dinheiro⁵².»

⁵² Cfr., Maria Berenice Dias, *ob. cit.*, p. 468-469; Vide, Yussef Said Cahali, Da renúncia dos alimentos pela mulher casada, *in Revista do Advogado*, São Paulo, n.º 76, p. 80-83, jun. 2004.

Este direito traduz-se no acesso a condições de subsistência mínimas, o que, em especial no caso das crianças, não pode deixar de comportar a faculdade de requerer à sociedade e, em última instância, ao próprio Estado as prestações existenciais que proporcionem as condições essenciais ao seu desenvolvimento e a uma vida digna⁵³.

A evolução das condições sócio-econômicas, as mudanças de índole cultural e a alteração dos padrões de comportamento têm determinado mutações profundas a nível das estruturas familiares e um enfraquecimento no cumprimento dos deveres inerentes ao poder paternal, nomeadamente no que se refere à prestação de alimentos, circunstância que tem determinado um aumento significativo de ações tendo por objecto a regulamentação do exercício do poder paternal⁵⁴. Neste contexto, sustenta uma corrente doutrinária⁵⁵ a possibilidade de serem reivindicados alimentos do pai biológico, diante da menor capacidade alimentar do pai socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, mas não tem dinheiro. Discordamos desta posição por não terem em conta o conteúdo da verdade e biológica que vincula o pai biológico (jurídico) de prestar sustento no momento da concepção do filho, e subsidiariamente ou solidariamente o pai socioafetivo a partir do momento que passa coabitar com a criança.

Da relação de parentesco cria-se a obrigação de prestar sustento, logo, percebe-se que o fundamento precípua do dever de conferir alimentos encontra-se amparado no princípio da

⁵³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 164/99, 13 de maio, Regulamento da Garantia de Alimentos Devidos a Menores.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Neste sentido, Rolf Hanssen Madaleno, Paternidade alimentar, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade*, (coord.) Ivone Maria Cândido Coelho de Souza, IBDFAM, Porto Alegre, 2007, p. 195; Maria Berenice Dias, ob. cit., p. 469; Helenira Bachi Coelho, Da reparação civil dos alimentos. Da possibilidade de ressarcimento frente à paternidade biológica, in *Ações de direito de família*, (coord.) Rolf Hanssen Madaleno, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 27.

solidariedade familiar ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar. Cumpre sublinhar que o direito de alimento impõe ao Estado os deveres de assegurar a garantia da dignidade da criança como pessoa em formação a quem deve ser concedida a necessária proteção.

Outro efeito que deriva do reconhecimento da paternidade socioafetiva é o direito sucessório. Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira reconhecem o direito à sucessão ao filho afetivo, como herdeiro necessário com base no princípio da igualdade entre os filhos, trazido pela Constituição Federal no seu art.º 227.º, § 6.º, conjugado com o art.º 1596.º do CCB. Escreveu Maria Berenice Dias que a ordem da vocação hereditária «Baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente têm em relação aos seus familiares. Por isso os descendentes são convocados antes dos ascendentes e os últimos a serem chamados são os colaterais. [...] incluindo o cônjuge e o companheiro⁵⁶.»

7. SENSIBILIDADE E DIREITO NA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO

Hoje em dia constata-se à velocidade da luz o descrédito do sacramento matrimonial, sendo as crianças e jovens impostas a contracenarem o drama da separação dos pais perigando o seu desenvolvimento moral, intelectual e físico. Portanto, as prerrogativas dos pais sofrem limitações que se revelam necessárias à preservação do interesse superior do menor, ampliando a liberdade da criança em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.

A criança não é, portanto, apenas um sujeito protegido pelo direito, sendo ela própria titular de direitos reconhecidos

⁵⁶ Cfr., Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 127.

juridicamente, designadamente o direito à protecção especial da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, arts. 67.º, 68.º da CRP. Assim, a criança tem o direito de crescer e de se desenvolver no seio familiar (art.º 36.º da CRP), pelo que, também na promoção de direitos e protecção das crianças e jovens em perigo, deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na família biológica, quer promovendo a adopção ou outra forma de integração familiar estável, art.º 4.º, h) da LPCJP. Paulo Guerra defende que «A família biológica é, e deve ser, vitalícia sempre que corresponda à família afectiva, à família que realiza e que se realiza nos seus membros, ainda que não seja a família perfeita que, por definição, é modelo inatingível⁵⁷.»

Por seu turno, o art.º 69.º da CRP, estabelece 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, devendo, o Estado, assegurar especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

Entende a Relação de Lisboa que «a protecção da infância não pode continuar exclusivamente centrada na ideia de recuperação da família biológica, a todo o custo, esquecendo que o tempo das crianças, não é necessariamente o mesmo das suas famílias de origem. Esgotadas as possibilidades de a criança usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, com o apoio do Estado e da sociedade ou com o recurso à família biológica alargada, a adopção surge como a resposta possível e desejável⁵⁸.» Para Maria Alarcão «A família

⁵⁷ Cfr., Paulo Guerra, Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adopção e na protecção das crianças e jovens, in *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, (coord.) Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Editora Magister, setembro 2008, p. 170.

⁵⁸ Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 2019, proc. n.º 194/14.8TBSEI-B.C1, relator Moreira Carmo, acessível em www.dgsi.pt.

deverá ser o primeiro garante de um desenvolvimento saudável e equilibrado da criança, cabendo-lhe a dupla tarefa de filiar e de socializar. A primeira função de criação tem ínsita a responsabilidade da família de inscrever afectivamente a criança numa história de vida, dotando-a de um património emocional de referência. Já a segunda tarefa envolve a preparação do filho para a vida em sociedade⁵⁹.»

Portanto, a mera existência de laços biológicos e jurídicos nem sempre garante, por si só, a existência de uma relação afetiva e protetora, visto que, as crianças apresentam um conjunto de necessidades cuja satisfação é essencial ao seu bem-estar psicológico, avultando, entre essas necessidades e entre outras, as relativas aos cuidados físicos, de proteção de afeto, estimulação, ensino e disciplina apropriados⁶⁰.

Neste conspecto, o superior interesse da criança estará intimamente ligado à satisfação da necessidade de crescimento harmonioso da criança, em ambiente familiar e num clima de amor, aceitação e bem-estar, bem como da necessidade de salvaguarda da continuidade das suas ligações afetivas estáveis. Para Helena Bolieiro e Paulo Guerra o superior interesse da criança deve ser entendido como «o estabelecimento dos ideais ou das possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de um filho, geradas pela participação responsável, motivada e coordenada de ambos os progenitores, acção essa que garanta a inserção daquele num optimizante e gratificante núcleo de vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua cidadania social⁶¹.»

A intervenção para promoção dos direitos da criança ou jovem em perigo só é legítima quando os pais, o representante

⁵⁹ Cfr., Madalena Alarcão, Incumprimentos, comprometimento dos vínculos afectivos próprios da filiação, *in Revista do Ministério Público*, n.º 116 – out./dez. 2008, p. 121.

⁶⁰ Neste sentido, acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 2019, proc. n.º 194/14.8TBSEI-B.C1, relator Moreira Carmo, acessível em www.dgsi.pt.

⁶¹ Cfr., Helena Bolieiro Paulo Guerra, *A criança e a família – uma questão de Direito(s)*, Coimbra Editora, 2009, p. 157.

legal ou quem tenha a sua guarda de facto puserem em situação de perigo atual a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, art.º 3.º da LPCJP. Este perigo tanto pode provir da culpa ou de ação/omissão de terceiros, como também de simples ineptidão, incapacidade e impotência destes, quanto ao nexó entre o incumprimento e o perigo pressupõe apenas uma natureza etiológica, bastando a mera potencialidade da ação ou omissão para o comprometimento dos direitos da criança.

A medida de promoção a tomar visa afastar esse perigo, proporcionando à criança ou ao jovem as condições que permitem proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral, art.º 34.º do mesmo diploma legal. A aplicação de tal medida provoca o afastamento do menor da família e é o último recurso, apenas possível se outra medida suscetível de ser aplicada não for possível.

Tal como dispõe al. e), do art.º 4.º, da LPCJP, a situação de perigo tem de ser atual, constituindo essa atualidade um dos princípios norteadores da intervenção para a promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo. Pelo que, a existência de uma satisfação de perigo que determina a intervenção judicial, não impõe, portanto, a verificação efetiva de uma lesão da criança, bastando a mera verificação de perigo potencial.

Estabelece o art.º 38.º-A da LPCJP que a medida de confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou instituição com vista a futura adoção é aplicável quando se verifique alguma das situações previstas no artigo 1978.º do CC.

Por seu turno, o n.º 1, do art.º 1978.º do CC estabelece que o tribunal, no âmbito de um processo de promoção e proteção, pode confiar a criança com vista a futura adoção quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de qualquer das seguintes situações:

[...]

d) Se os pais, por ação ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental. Puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança;

e) Se os pais da criança acolhida por particular, por uma instituição ou por família de acolhimento tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.

Assim, o citado artigo define os pressupostos da confiança com vista à adoção, consagrando uma cláusula geral do comprometimento sério dos vínculos afetivos próprios da filiação pela verificação objetiva de uma das situações aí elencadas. Na apreciação destas situações o tribunal deve prioritariamente aos direitos e interesses da criança, art.º 1978.º, n.º 2, do CC.

Refere a Relação de Coimbra que «O critério para decidir se se deve ordenar a confiança do menor a uma instituição com vista a futura adoção consiste, pois, em apurar se ocorre uma situação em que se verifica a inexistência de vínculos afetivos próprios da filiação entre pais e filhos ou uma situação em que tais vínculos estejam seriamente comprometidos.

Os vínculos afetivos próprios da filiação, a que alude o n.º 1, do artigo 1978.º do CC, são o resultado de um processo que se prolonga no tempo, sujeito, inclusive, a retrocessos e que, por isso, exige para se formarem e manterem que os pais se dediquem aos filhos de forma permanente, verificando e satisfazendo as suas necessidades físicas e emocionais, corrigindo-lhes as suas acções desadequadas e mostrando-lhes por palavras e acções o afecto que sentem por eles e fazendo-lhes sentir que eles têm valor para os pais e que aquela relação tem existido assim, existe e existirá para sempre.

[...]

Se os pais não conseguem cumprir os deveres de pais e com isso impedem no presente a formação dos vínculos próprios da filiação e idêntico prognóstico é feito para o futuro, o interesse dos filhos indica que o caminho a seguir é o da adoção⁶².»

O art.º 1978.º, n.º 3, do CC, concretiza, a título exemplificativo, este perigo por referência ao art.º 3.º, n.º 2 da LPCJP, ponderando situações de parentalidade disfuncional, que manifestando de forma objetiva e subjetiva uma inaptidão flagrante para prover ao cuidado e sustento da criança, justifiquem um juízo de prognose consistente de que tal comportamento não se irá inverter num futuro próximo.

Só na impossibilidade de garantir o estado saudável da criança no ambiente da sua família natural, devemos pensar na adoção como o exclusivo trilho a percorrer para acautelar o interesse da criança, desta feita, assegurar de forma definitiva o seu futuro junto de outra família que lhe possa proporcionar todas as condições materiais e afetivas necessárias para o seu crescimento harmonioso, num ambiente de bem-estar e de amor, tendo subjacente à sua regulamentação o facto de estar cientificamente comprovado que, quanto mais cedo forem encontrados substitutivos parentais mais possibilidade tem a criança de atingir aquele objetivo⁶³.

8. BREVES COMENTÁRIOS

A família continua a ser uma instituição social imprescindível, mas a sua formação tende a se transformar para abarcar uma nova realidade que vem se sobrepôr à tradicional.

A reforma social passa pela reforma do ser humano, tarefa estranha ao Direito, mas o homem dedicado ao Direito

⁶² Acórdão da Relação de Coimbra, de 25 outubro de 2011, disponível em www.dgsi.pt

⁶³ *Vide*, Monica Jardim, Breve análise a nova lei da adoção (Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto), in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Organizado pelo Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2005.

saberá sempre caminhar na direção dos fenômenos sociais e transformará essas mudanças em princípios normativos.

O vínculo biológico não deverá sempre se sobrepor ao vínculo afetivo no tocante as relações de parentalidade, devendo estes, encontrarem-se em perfeita harmonia de forma a concretizar o princípio superior interesse da criança.



9. REFERÊNCIAS

- ALARCÃO, Madalena, Incumprimentos, comprometimento dos vínculos afetivos próprios da filiação, *in Revista do Ministério Público*, n.º 116 – out./dez. 2008.
- ASCENSÃO, Oliveira, Direito e Bioética, *in Direito da Saúde e Bioética*, LEX, 1991.
- CAHALI, Yussef Said, Da renúncia dos alimentos pela mulher casada, *in Revista do Advogado*, São Paulo, n.º 76, p. 80-83, jun. 2004.
- CAMPOS, Diogo Leite de, A família: do Direito aos direitos, *in O Direto*, Ano 139.º (2007), III
- A nova família, *in Direito de Família e do Menor: inovações e tenências – doutrina e jurisprudência, coordenação e compilação por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1992
- COELHO, Pereira/OLIVEIRA Guilherme de, Direito da Família: Adoção e Apadrinhamento Civil, Coimbra, fevereiro de 2017.
- COELHO, Helenira Bachi, Da reparação civil dos alimentos. Da possibilidade de ressarcimento frente à paternidade biológica, *in Ações de direito de família*, (coord.) Rolf Hansen Madaleno, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

- CORTE-REAL, Carlos Pamplona/ESMERALDO, Jéssica Souza, O Direito da Família: biologismo versus afetividade, in *Revista de Direito Civil*, Ano IV (2019), nº 2.
- DAOU, Heloisa Sami, Paternidade socioafetiva: o valor jurídico do afeto, in *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 2, nº 1, Brasília, jan/jul. 2016.
- DIAS, Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 4.^a ed., rev., atuali. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GUERRA, Paulo, Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adoção e na protecção das crianças e jovens, in *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, (coord.) Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Editora Magister, setembro 2008.
- JARDIM, Monica, Breve análise a nova lei da adoção (Lei nº 31/2003, de 22 de agosto), in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Organizado pelo Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2005.
- LÔBO, Paulo, Paternidade socioafetividade e o retrocesso da súmula 301 – STJ [disponível em; http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf]
- Socioafetividade: o estado da arte do direito de família brasileiro, in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Vol. 1, (2015), nº 1, p. 1750, [acedido em; <https://blook.pt/publications/publication/92489ee9ed83/>]
- MEDINA, Maria do Carmo, Direito da Família, 1.^a ed., Escolar Editora, 2011.
- MADALENO, Rolf Hanssen, Paternidade alimentar, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade*, (coord.) Ivone Maria Cândido Coelho de Souza, IBDFAM, Porto Alegre, 2007.
- MONTEIRO, Pinto, O direito a conhecer as origens na adoção, *LEX Familae*, nº 8, 2007.

- OLIVEIRA, Melissa Barbieri de/FIORENZA, Yaneh, A evolução das relações familiares e a desbiologização da paternidade, vol. 13, n.º 18, jul/dez 2011. [disponível em; file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/7980-32773-1-PB.pdf]
- OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da Filiação, Petrony Editora, janeiro 2019.
- Critérios jurídicos da parentalidade, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, fevereiro 2016, p. 272.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, Direito da Família, Nova Causa Edições Jurídicas, maio 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil, vol. V, 22.ª ed., rev. e atualizada por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 6.ª ed., AAFDL, 2018.
- REIS, Rafael Vale e, O direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra Editora, 2008.
- RIBEIRO, Jorge Martins, O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar, Coimbra Editora, 1.ª ed., abril 2013.
- RODRIGUES, Custódio, Delimitação do conceito de afetividade in *afectividade*, Porto, 1989.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado/RODRIGUES, Renata Lima, A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 4, abr/jun 2015, p. 17, disponível em
- VIANNA, Roberta Carvalho, O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies na instituição no ordenamento jurídico brasileiro, in *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, vol. 18, n.º 24, 2011.

- VILLELA, João Baptista, Desbiologização da Paternidade, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, 1979. <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>
- VITOR, Paula Távora, A carga do sustento e o “pai social”, *in Textos de Direito da Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, fevereiro 2016.

OUTRAS REFERÊNCIAS

- Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 2019, proc. n.º 194/14.8TBSEI-B.C1, relator Moreira Carmo, [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 13 de setembro de 2018, processo n.º 220/16.6T8MAC.G2, de igual modo, acórdão da Relação de Évora de 8 de setembro de 2010, proc. n.º 155/09.9TMFAR [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2014, proc. n.º 100/14 [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdão n.º 0275921-52.2013.8.13.0433, da 7.ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG, de 07 de fevereiro de 2014 [disponível em; <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/publicacoes>]
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 8 de janeiro de 2013, processo n.º 2933/11.0TBGMR-S [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdão da Relação de Coimbra, de 25 outubro de 2011 [disponível em www.dgsi.pt]
- Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, de 3 de março de 2010, proferido no processo n.º 997/08.2TMFAR [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2006, processo

- n.º 5145/2007-6, [acessível em www.dgsi.pt]
- Acórdãos Uniformização de Jurisprudência, n.º SJ196007150579192, de 15 de julho de 1960, [acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/C3391C972F58BB36802568FC00397E09>]
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Pai, por que me abandonaste? [Disponível em; <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/149-pai-por-que-me-abandonaste->]
- VALADARES, Maria Goreth Macedo, Famílias Recompuestas, [disponível em; <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/50.pdf>]