

Ana Filipa Loura Barros

**Representação legal de menores:**  
Conflito de interesses entre representante legal e menor representado

Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito  
Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientada por: Doutora Sandra Passinhas

Coimbra 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## **AGRADECIMENTOS**

À Exma. Sra. Doutora Sandra Passinhas – orientadora desta dissertação – agradeço, muito penhoradamente, a confiança em mim depositada, o apoio e a disponibilidade que tão amavelmente sempre me dispensou.

À Exma. Sra. Doutora Maria José Capelo agradeço, muito cordialmente, a proposta desafiante do tema e o entusiasmo manifestado por este trabalho.

À Família e Amigos agradeço as palavras de incentivo constantes.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.(s)	Acórdão(s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cód. Civ.	Código Civil
CCom.	Código Comercial
CFC	Código de Família da Catalunha
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
Dec.	Decreto
Dec. Lei	Decreto-lei
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
RRDGRN	Resolución(s) de la Dirección General de los Registros y del Notariado
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS	Sentença do Tribunal Supremo Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

## **ÍNDICE GERAL**

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>Capítulo I</b>	
O sujeito menor de idade .....	10
<b>Capítulo II</b>	
A incapacidade de princípio do sujeito menor de idade .....	17
<b>Capítulo III</b>	
Representação legal no exercício das responsabilidades parentais .....	29
<b>Capítulo IV</b>	
Conflito de interesses entre representante legal e menor representado .....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	101
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	105
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> .....	116

“Neste tempo, rápido e implacável, os menores vão continuar a ser os pequenos peões que se arriscam, quotidianamente, nas veredas perigosas que os adultos e a Família lhes reservam, distraidamente.”

*Guilherme de Oliveira*

## INTRODUÇÃO

O estudo que agora se apresenta corresponde à Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil.

O nosso trabalho destina-se a partilhar uma incipiente reflexão que fizemos sobre o tema do conflito de interesses entre representante legal e menor<sup>1</sup> representado no contexto do exercício das responsabilidades parentais<sup>2</sup>.

Do que se trata, muito principalmente, é de saber se a opção legislativa forjada no n.º 2 do art.º 1881.<sup>º3</sup> é adequada para dar resposta aos casos especiais em que o poder-dever de representação legal, mercê da natural conflitualidade de interesses entre pais e filhos, não pode por nenhum daqueles ser exercido. Na verdade, o regime excecional a que o artigo sujeita a representação de um filho em conflito de interesses com qualquer um dos pais suscita dúvidas de interesse prático que nos propomos examinar.

Em termos sistemáticos, procurando o sentido do art.º 1881.º, n.º 2, a referência feita pela norma ao poder de representação deve abranger todo o conteúdo dessa responsabilidade, seja enquanto representação material, seja na veste de representação processual. Entendemos, por isso, que o preceito deve ser interpretado latamente, não obstante apenas suscitar a nossa atenção a ocorrência de um conflito de interesses no exercício do poder de representação de um menor em juízo.

Ao traçarmos esta *summa divisio* propomos, conseqüentemente, a implementação dogmática da figura do *defensor judicial* no âmbito das responsabilidades parentais, distinguindo-a nominal e funcionalmente do instituto do curador especial.

---

<sup>1</sup> No que concerne à terminologia por nós adotada, e apenas por facilidade de exposição, faremos uso da locução “menor” sem lhe emprestarmos qualquer conotação pejorativa ou ideia de inferioridade. Sensíveis, porém, ao enunciado depreciativo do termo, à densificação de conceitos como o de “criança”, “adolescente” e “jovem”, e a uma tendência de harmonização da legislação portuguesa com os documentos jurídicos internacionais, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, a última vez alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto), o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro) e o Regime Jurídico da Adoção (Dec. Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, a última vez alterado pela Lei n.º 28/2007, de 2 de Agosto) são expressão da preferência do nosso legislador por aqueles novos conceitos. Todavia, “não é líquido que a substituição dos conceitos acarrete rigor à discussão.” Cfr. ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, p. 23.

<sup>2</sup> Seja-nos consentido abandonar a expressão “poder paternal” para aderir à terminologia empregue desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

<sup>3</sup> Artigos de lei citados sem indicação de fonte devem entender-se referidos ao Código Civil português.

Nesta perspectiva, aderimos à denominação que representa, fisicamente, a pessoa de um representante processual *ad hoc* nomeado pelo tribunal ao menor que não pode ser processualmente representado pelo respetivo representante legal por colisão de interesses.

O que havemos de concluir não nos impedirá, contudo, de continuar a reconhecer a necessidade da instituição da curadoria especial, disciplinada pelo Código Civil para reger a pessoa e administrar os bens de um menor, mas somente na esfera do direito civil material e não já processual.

Esclarecida a pertinência do tema, tomaremos, então, de forma assumidamente breve, posição acerca do expediente que permitirá garantir a *legitimatío ad processum* de um sujeito menor de idade em conflito de interesses com o respetivo representante legal.

## §

O presente trabalho está dividido em quatro partes que se poderão conceber como um crescendo na discussão do problema em análise.

No primeiro momento da nossa exposição, que corresponderá ao Capítulo I, esclareceremos o que significa para o direito civil ser menor de idade. Com efeito, assumiremos o desiderato de definir o perímetro da menoridade e, por consequência, da maioridade, atendendo ao modo como se entrelaçam estas duas realidades. Um propósito a que procuraremos dar resposta é o de saber se o regime que ora vige no ordenamento jurídico português poderá ser aperfeiçoado, se não pela receção de um modelo distinto, pelo menos pela revisão de certos aspetos característicos, acusando o influxo de experiências decalcadas de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Cumprido este desígnio, e sem deixar de remissa considerações que ocorre convocar por pertinentes, propomo-nos compreender o estado civil de menor<sup>4</sup>, que reflete uma situação de sujeição e dependência em relação a outras pessoas<sup>5</sup>. Neste nosso enlevo, tudo aconselha que cuidemos com particular acuidade da situação de carência derivada

---

<sup>4</sup> Fala-se de um estado na medida em que o conceito traduz uma condição juridicamente relevante. Como faz notar JEAN CARBONNIER, *Droit Civil I, Les Personnes*, 21.ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 195-196, o estado de menor afirma-se um “estatuto complexo” porque a menoridade deixa de estar compreendida apenas no direito civil, tornando-se objeto de normas de direito do trabalho, constitucional, penal, entre outras. Contudo, a análise proposta no texto pretende apenas compreender o estado de menor na perspectiva do direito civil. Neste sentido, ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 34, afirma que “*desde el punto de vista formal del Derecho español, la menor edad es un estado civil, en que se encuentra el ser humano desde que nace hasta que cumple los dieciocho años (siempre que no sea emancipado).*”

<sup>5</sup> O sujeito menor de idade está sob a égide do instituto das responsabilidades parentais (art.º 1877.º) ou da tutela nas hipóteses previstas nos art.ºs 1921.º e 1961.º, als. a) e b).

da idade. Eis o momento, a que vai dedicado o Capítulo II, para indagar da condição jurídica do menor no plano das relações externas à comunidade familiar, legalmente traduzida na incapacidade de agir de que este sujeito se encontra ferido.

Encarada a menoridade como fundamento da incapacidade legal de agir e, não obstante as hipóteses, que destacaremos, em que esta é uma visão imperfeita do que seja a existência do sujeito menor de idade, impõe-se naturalmente analisar o regime do seu suprimento, por referência aos modos por que ele opera. Ter-se-á em vista, no Capítulo III, o caso (típico) do suprimento pelas responsabilidades parentais.

Na perspectiva da finalidade de proteção que subjaz à regulamentação da incapacidade legal de agir por menoridade, servir-nos-emos do instituto da representação legal. As resumidas considerações que a este respeito se irão alinhar terão por base a configuração jurídica do referido expediente.

Por revestir interesse para a nossa investigação, em virtude das atualizações ocorridas em matéria do velho instituto do poder paternal, dedicaremos uma secção, a desenvolver em números de ordem separados, ao recorte do seu atual conceito, conteúdo, titularidade e modo de exercício,

Merecerá o nosso detido olhar a modalidade de exercício conjunto do concreto poder-dever de representação legal para efeitos de representação de um menor em juízo. Nesta sede, analisaremos as questões processuais suscitadas pela falta de capacidade judiciária do menor, sem prejuízo de referências ao direito material que não poderão deixar de ser convocadas.

Uma vez genericamente caracterizado o universo temático da nossa investigação, cumprirá reverter, de modo muito particular, as considerações tecidas à concreta situação que nos ocupa. Por conseguinte, às tensões que decorrem do cumprimento do poder-dever de representação legal, na veste que privilegiamos, vai dedicado o Capítulo IV, sob a epígrafe “Conflito de interesses entre representante legal e menor representado”.

Neste contexto, ensaiaremos a necessidade da figura do *defensor judicial*, concretizando os contornos que modelam o cargo no pressuposto da sua designação e atuação enquanto representante judicial do sujeito menor de idade em conflito de interesses com o representante legal. O enquadramento dogmático da figura e a sua interpretação teleológica ao nível dos interesses conflituais existentes terá aqui relevo especial.

Sendo esse, já o dissemos, o âmago do nosso estudo, não podemos deixar de nos referir às soluções materiais encontradas noutros ordenamentos e ao seu enquadramento



doutrinal e teórico. Numa perspectiva crítico-constructiva, por isso, tentaremos trazer ao espaço discursivo algumas soluções do direito estrangeiro com a intenção de apurar se outros modelos, porventura mais vantajosos, justificam a sua importação para o nosso sistema legal com vista ao seu aperfeiçoamento. Assim, vamos estudar o *defensor judicial* adaptando ao nosso direito positivo as construções da legislação e doutrina comparadas.

Fica por ora definido o objeto do nosso estudo, cujo tratamento se seguirá.

# Capítulo I

## O sujeito menor de idade

### Secção I

#### Menoridade e maioridade

#### 1) Definição para o direito civil

No universo do direito internacional público, criança, adolescente ou jovem é definido como todo o ser humano com idade inferior a dezoito anos, salvo se, por efeito da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo<sup>6</sup>.

Para a lei civil portuguesa, malgrado a inexistência de uma definição legal<sup>7</sup>, a idade<sup>8</sup> surge na linha que confina a divisão entre menoridade e maioridade, enquanto etapas em que se desdobra o ciclo da vida humana. Traçar o desenho destas realidades normativas não é, porém, tarefa fácil porque o nosso Código Civil não formula expressamente as noções em estudo.

Ensaçando uma tentativa de aproximação à realidade, é possível afirmar que, do ponto de vista do direito civil, a menoridade consiste naquele período de tempo da vida humana que começa no dia do nascimento completo e com vida de um determinado sujeito e termina no dia em que este completar o décimo oitavo ano de vida (art.º 122.º). “Tal lapso de tempo corresponde à duração do estado civil de menor.”<sup>9</sup>

Tradicionalmente compreendida, a situação do sujeito menor de idade é definida como sendo a de uma incapacidade plena de agir (art.º 123.º)<sup>10</sup>. Todavia, como se dirá a seguir, não é legítimo estabelecer uma necessária correspondência entre o estado de menor e uma situação de incapacidade de agir<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> É este, de resto, o enunciado do art.º 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>7</sup> O silêncio da lei civil não é característica particular do direito português. Os casos francês, alemão, espanhol, italiano, belga e suíço também não são exceção. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 16 (nota 12).

<sup>8</sup> “*Expresión numérica del desarrollo temporal de una persona (es decir, el tiempo de duración de su vida hasta un momento determinado).*” Cfr. CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor de edad: Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro derecho civil*”, *Anuario de Derecho Civil IV*, t. XLV, 1992, p. 1417.

<sup>9</sup> ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>10</sup> As verdadeiras incapacidades de agir estabelecidas pelo Código Civil resultam da menoridade, da interdição e da inabilitação. Cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.ª ed., Coimbra, 2005, p. 227.

<sup>11</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 257 e ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 18.

Uma vez atingidos os dezoito anos de idade<sup>12</sup>, assinala-se o começo do período da maioridade. Com efeito, o estado civil de maior corresponde a uma situação de autonomia e dependência, demarcada da sujeição às responsabilidades parentais ou à tutela<sup>13</sup>.

Sumariamente apresentadas que estão as duas realidades, passamos ao modo como se articulam.

## 2) Articulação entre menoridade e maioridade

Perguntar pelo modo como se articulam menoridade e maioridade significa perguntar em que moldes funciona a passagem do estado de menor ao estado de maior. A articulação entre estes dois estádios da vida humana não se serviu sempre do mesmo critério, justificando-se aqui um excursus pelas alterações que o direito experimentou no que se refere à forma como essa articulação se foi processando.

No direito romano, não ressaltava a distinção entre menoridade e maioridade, antes se identificando uma pluralidade de idades. Ficou assim conhecida a diferenciação entre infantes (até aos sete anos de idade), impúberes (dos sete aos doze ou catorze anos de idade, consoante se tratasse de rapariga ou rapaz), púberes (dos doze ou catorze aos vinte e cinco anos de idade) e maiores<sup>14</sup>, sendo que a menoridade se desdobrava nas três primeiras categorias de idade mencionadas.

No direito germânico, distinguia-se apenas menoridade de maioridade, sem que houvesse qualquer subdistinção dentro de cada uma das referidas idades. O critério que ditava a passagem do estado de menor ao estado de maior assentava no reconhecimento da aptidão para “pegar em armas”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> A contagem dos dezoito anos de idade rege-se pela regra do art.º 279.º, al. c) e a prova do respetivo estado de maior, bem como do estado de menor, faz-se, de acordo com LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 258, através “dos elementos constantes do registo civil, *rectius*, do registo de nascimento e por simples cálculo aritmético a partir da data em que este facto ocorreu.” Sobre a discórdia a respeito da interpretação da al. c) do art.º 279.º, *vide* o Ac. de fixação de jurisprudência do STJ de 18/04/2012 (proc. n.º 148/07.0TAMBR.P1-B.S1), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>13</sup> Note-se que este é um critério puramente formal, porquanto a realidade demonstra que o atingir da maioridade não coincide, as mais das vezes, com a plena independência económica dos filhos em relação aos pais. Na verdade, e como oportunamente explicaremos, podem os filhos continuar sujeitos às responsabilidades parentais mesmo depois de atingida a maioridade.

<sup>14</sup> Distinguia-se, todavia, entre os maiores de vinte e cinco anos sujeitos à condição de *fili sui iuris* (plenamente capazes) ou de *fili alieni iuris* (ainda subordinados à *patria potestas*).

<sup>15</sup> Cfr. DOMENICO MAFFEI, “*Capacità. Diritto Intermedio*”, in *Enciclopedia del Diritto VI*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 4 e UGO GUALAZZINI, “*Età. b) Diritto Intermedio*”, in *Enciclopedia del Diritto XVI*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 81.

Sem preocupações de exaustão, cabe-nos referir que no direito português a maioridade foi sendo fixada em momentos diferentes da vida do ser humano. Com efeito, no direito anterior ao Código de Seabra, a maioridade alcançava-se simplesmente aos vinte e cinco anos de idade (Livro 3.º, Título 41, § único, e Título 104, § último das Ordenações Filipinas). Já o Código Civil de 1867, porventura influenciado pelos art.ºs 388.º e 488.º do *Code Civil* de 1804, estabelecia os vinte e um anos como limite etário da maioridade (art.ºs 97.º e 311.º). O limite dos vinte e um anos permaneceu intocável no Código de 1966, e só com o Dec. Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, o legislador antecipou o limite para os dezoito anos (art.ºs 122.º e 130.º)<sup>16</sup>.

Passada em revista a progressiva evolução do modo como menoridade e maioridade se foram entrelaçando ao longo da história, cumpre por ora identificar os diferentes sistemas de passagem da menoridade à maioridade de que há notícia.

Na resolução da tarefa enunciada registamos, desde logo, o sistema da declaração do momento em que se inicia a maioridade<sup>17</sup>. Ancorado num critério casuístico de averiguação do momento em que cada sujeito atinge a “maturidade e experiência características de uma situação de autonomia e independência”<sup>18</sup>, revela ser um sistema cujo sucesso está comprometido pela sua difícil e, por conseguinte, diminuta utilidade prática. Na verdade, não é fácil o exame de avaliação do momento exato em que se conquista a maturidade e a experiência próprias da maioridade. Mas não se esgotam aí os problemas dignos de apreciação, afirmando-se que a circunstância da variabilidade desse momento de sujeito para sujeito ameaça o princípio da segurança jurídica.

---

<sup>16</sup> São vários os argumentos, comumente apontados, em que se fundou a antecipação do limite etário da maioridade para os dezoito anos. Primeiro, a necessidade de equiparar a maioridade civil à maioridade eleitoral ativa e passiva fixada pelos art.ºs 49.º, n.º 1 e 50.º da CRP nos dezoito anos; segundo, a necessidade de acompanhar a tendência legislativa de países como França, Alemanha, Itália, Inglaterra, Suécia, Dinamarca e Finlândia, seguindo, de resto, a orientação da Resolução n.º 29, de 19 de setembro de 1972, do Conselho da Europa (comentada por JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, “*La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 3-6); terceiro, o reconhecimento de uma mais rápida maturação dos jovens da época, alcançada em virtude de uma escolaridade obrigatória prolongada e da influência dos *media*; por último, a necessidade de incentivar e estimular a sua participação e responsabilidade na sociedade. Para uma análise comparada da tendência legislativa no sentido da diminuição da idade da maioridade e dos respetivos argumentos aduzidos a favor dessa antecipação, vide C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 229 e RUI DE ALARCÃO, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “Maioridade e Emancipação na revisão do Código Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LII, 1976, pp. 365-374. A opção legislativa do estabelecimento da maioridade aos dezoito anos não foi, contudo, isenta de reparos. Sobre as críticas que se lhe dirigem e respetiva apreciação, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 24-25 (nota 29) e RAÚL GUICHARD ALVES, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 6, 2005, p. 118 (nota 4).

<sup>17</sup> A ele se refere JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil I*, reimpr., AAFDL, Lisboa, 1997, pp. 127-128.

<sup>18</sup> ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 26.

Diferente é o sistema da fixação normativa da maioridade, nas suas variantes de fixação normativa rígida<sup>19</sup> da maioridade e fixação gradual de várias idades. Ao invés do primeiro, este é um modelo que repousa num critério fixo, qual seja a idade que a lei estabelecer como idade da maioridade.

Na primeira das suas facetas, o sistema caracteriza-se pelo facto de o legislador fixar, perentoriamente, o término da menoridade, sem que importe que, no caso concreto, o agora maior esteja perfeitamente habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens. Basta completar o número de anos de vida que a lei estabelecer formalmente como idade da maioridade para se passar automaticamente ao estado de maior. Nestes termos, a fixação de uma idade legal da maioridade reconduz a condição jurídica do sujeito menor de idade a um *status* de conteúdo único e invariável.

A aplicação geral e abstrata, a todos os sujeitos, do limite de idade legalmente fixado parece, no entanto, indiferenciada para servir de critério a soluções concretas, pois que se prescinde de apurar se cada sujeito em concreto possui o grau de desenvolvimento presumido pela lei<sup>20</sup>. Oferece-se assim dizer que fica também comprometido o princípio da segurança jurídica<sup>21</sup>. Mais ainda, vem sendo objeto de algum ceticismo a fixação de uma idade determinada como requisito para a passagem do estado de menor ao estado de maior, já que o processo de desenvolvimento não é um “fenómeno de verificação instantânea”<sup>22</sup>. Trata-se, bem pelo contrário, de uma sucessão de estádios, com características e necessidades próprias<sup>23</sup>, ocorre gradualmente, e não de um momento para o outro, e é alcançado por cada pessoa em tempos diferentes<sup>24</sup>.

Em Portugal, como em alguns outros ordenamentos jurídicos atuais<sup>25</sup>, o legislador, para evitar as perturbações de uma verificação casuística<sup>26</sup>, preferiu o sistema

---

<sup>19</sup> Nas palavras de André Dias Pereira, “é rígido [o sistema], porque a idade dos 18 anos representa uma barreira estanque e imutável, que separa o estado de capacidade do de incapacidade de exercício, sem atender à personalidade da pessoa concreta.” Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 201.

<sup>20</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 255.

<sup>21</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 28. Numa outra perspetiva, porém, o valor da segurança jurídica é obtemperado pelo facto de o maior e o menor de dezoito anos de idade serem sempre considerados, respetivamente, maior e menor, consoante hajam completado ou não a idade que a lei fixa.

<sup>22</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 254.

<sup>23</sup> Neste sentido, vide CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, p. 1423.

<sup>24</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2005, p. 110.

<sup>25</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 256 e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral... op. cit.*, p. 128.

<sup>26</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 179.

da fixação normativa rígida da maioridade, definindo os dezoito anos como limite etário entre menoridade e maioridade (art.ºs 122.º e 130.º).

Enquanto manifestação da primeira variante do sistema, as críticas da aplicação indiscriminada do critério intransponível da idade e da sua inadequação ao “processo de evolução gradual”<sup>27</sup> do ser humano são assim igualmente dirigidas ao modelo português. Não obstante, e sensível a estas desvantagens, o nosso legislador esforçou-se por temperar a rigidez do sistema, concedendo espaços de autonomia ao sujeito menor de idade que se respeitam, designadamente, através da obrigatoriedade de audição do menor<sup>28</sup> (v.g., art.ºs 1901.º, 1931.º, n.º 2, 1984.º, al. a); 4.º, al. i), 84.º, n.º 1 e 94.º, n.º 1 da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro<sup>29</sup> e 45.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro<sup>30</sup>), da necessidade de consideração da sua vontade (v.g., art.ºs 1878.º, n.º 2, 1885.º, n.º 2; 10.º, n.º 1, 11.º, al. c) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), da exigência do seu consentimento (art.º 1981.º, n.º 1, al. a)) e do acolhimento de “maioridades especiais”<sup>31</sup> ou, numa designação equivalente, de “maioridades antecipadas”<sup>32</sup>. A elas nos referiremos mais adiante.

Neste sentido, vimos a concordar com a doutrina<sup>33</sup> que caracteriza o sistema português como um “sistema rígido mitigado”. No entanto, o grande número e o carácter avulso das exceções à consagração genérica da regra da aquisição da maioridade aos dezoito anos não salda os inconvenientes assinalados<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpr., Almedina, Coimbra, 2000, p. 332.

<sup>28</sup> No âmbito do Código Civil, o direito à audição da criança e jovem, independentemente da idade, ganhou relevo normativo com a entrada em vigor do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), a propósito da alteração do art.º 1901.º. Com efeito, sendo hoje solicitada a intervenção do tribunal em caso de desacordo entre os pais sobre questões de particular importância, aquele deverá ouvir o filho antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o não justifiquem (n.º 3). O preceito anterior impunha ao juiz a obrigação de ouvir o menor, antes de decidir, apenas nos casos em que este já houvesse atingido os catorze anos de idade. Ainda assim, o limite dos catorze anos manteve-se (art.º 1931.º, n.º 2) ou foi encurtado para os doze (art.ºs 1981, n.º 1, al. a) e 1984.º, al. a)), expressão de que o legislador tem vindo a considerar que a maturidade da criança é atingida cada vez mais precocemente.

<sup>29</sup> Lei que aprovou a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>30</sup> Lei que aprovou a Lei Tutelar Educativa.

<sup>31</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132.º, p. 16.

<sup>32</sup> ROSA MARTINS, “Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, p. 71. Da mesma Autora, cfr. *Menoridade... op. cit.*, pp. 35-36 e “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 817.

<sup>33</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 257.

<sup>34</sup> Vide, neste sentido, ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 37 e 41.

À segunda variante do sistema reconhece-se a vantagem de atender ao desenvolvimento progressivo das faculdades físicas, intelectuais, volitivas e emocionais de cada sujeito. Desta forma, a passagem da menoridade à maioridade opera gradualmente em função das várias faixas etárias pelas quais perpassa a vida humana.

São fáceis de alinhar razões que tornam mais indicado este modelo. Por um lado, ressalta a vantagem da sua maior adequação à realidade e, por outro, não podemos deixar de lhe reconhecer o respeito pelo princípio da justiça<sup>35</sup>.

O sistema da fixação gradual de várias idades foi acolhido, por exemplo, pela experiência alemã e austríaca. Vejamos em que termos.

O direito alemão caracteriza-se por estabelecer a divisão entre menoridade e maioridade de acordo com o critério fixo do limite dos dezoito anos de idade (§ 2 do BGB), mas com a particularidade de reconhecer diferentes escalões etários dentro da menoridade: sujeitos menores de idade com menos de sete anos (absolutamente incapazes) e sujeitos menores de idade maiores de sete, mas menores de dezoito anos (limitadamente capazes)<sup>36</sup>.

O direito austríaco distingue outrossim menoridade e maioridade, fixando, a partir de 2001, a aquisição da maioridade nos dezoito anos de idade (§ 21 II 1 do Cód. Civ. austríaco), mas classificando também os sujeitos menores de idade em função de vários patamares etários: sujeitos menores de idade com menos de sete anos (*kinder*), sujeitos menores de idade maiores de sete, mas menores de catorze anos (*unmiindigen*), e sujeitos menores de idade maiores de catorze, mas menores de dezoito anos (*mündigen*).

O direito civil comparado<sup>37</sup> ensina-nos, portanto, que não existe uma menoridade tida como idade homogénea, mas antes menoridades às quais correspondem distintos graus de maturidade e experiência<sup>38</sup>.

É então chegado o momento de indagar se o tratamento diferenciado que menoridade e maioridade recebem nas ordens jurídicas estrangeiras sobre as quais lançámos o nosso olhar encerra vantagens que mereçam ser ponderadas para efeito do seu

---

<sup>35</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade...* op. cit., p. 29 e CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil...” op. cit., p. 1431.

<sup>36</sup> Rosa Martins explica que embora tal entendimento não seja uma decorrência direta da lei é coadunável, respetivamente, com o teor dos §§ 104 e 106 do BGB, do qual “resultam, ainda que de forma indirecta, dois escalões de menoridade”. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade...* op. cit., pp. 37-38 (nota 69).

<sup>37</sup> Também no Brasil, por exemplo, o art.º 2.º do ECA considera *criança* o sujeito menor de idade até aos doze anos de idade incompletos e *adolescente* o sujeito menor de idade entre os doze e os dezoito anos de idade.

<sup>38</sup> É também esta a ideia veiculada por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-179.

eventual acolhimento. A este propósito, somos de opinião que a solução da equiparação legal do estatuto jurídico do sujeito menor de idade do primeiro ao décimo oitavo ano de vida não pode ter-se por correta<sup>39</sup>. Na verdade, o estado civil de menor carece de ser entendido de um modo hábil, enquanto o sujeito menor caminha para o umbral da maioridade<sup>40</sup>. Ocorre aqui pensar no exemplo do menor de dezoito anos que, apesar de assim ser reconhecido, em virtude de ainda não ter atingido a idade da maioridade, é considerado apto, atendendo ao progressivo amadurecimento das suas faculdades físicas, intelectuais, volitivas e emocionais, para governar autonomamente a sua pessoa e os seus bens.

Na linha do que acaba de dizer-se, e dissipando as objeções que havemos já ocasião de apontar ao sistema de fixação normativa rígida da maioridade, nos termos em que foi eleito pela lei portuguesa, pode aventar-se substituí-lo de *iure condendo* por um sistema gradativo, mediante a construção de patamares etários, à semelhança do que vimos suceder no direito civil alemão e austríaco<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Fazemos eco das palavras de Carlos Martínez de Aguirre, para quem “*el tratamiento que dé el Derecho a un recién nacido, y a un menor que ya há cumplido 17 años no puede ser el mismo (...)*”. Cfr. CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, p. 1428.

<sup>40</sup> A este propósito, Ana Rita Alfiate nota que “não obstante a consagração da idade até à qual se considera determinado sujeito um menor, a aquisição progressiva da maioridade até aos dezoito anos é uma ideia assente e cada vez mais enraizada (...). Actualmente, a tendência é para aceitar que, havendo capacidade do menor para decidir aspectos concretos da sua vida, a sua vontade deve ser potencialmente atendida.” Cfr. ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal...* *op. cit.*, p. 24.

<sup>41</sup> Certa de que os espaços de autonomia concedidos por lei ao sujeito menor de idade não são suficientes para responder às deficiências do atual modelo português, Rosa Martins propõe “a adopção do sistema de fixação normativa da maioridade na sua segunda variante” e acrescenta que “a menoridade deveria, portanto, subdividir-se em *infância* (dos zero aos sete anos de idade), *pré-adolescência* (dos sete aos catorze anos de idade) e *adolescência* (dos catorze aos dezoito anos de idade).” Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade...* *op. cit.*, pp. 40-42.



## Capítulo II

### A incapacidade de princípio do sujeito menor de idade

#### 1) O princípio da incapacidade por menoridade

A incapacidade do sujeito menor de idade surge na literatura jurídica como a principal consequência da menoridade<sup>42</sup> e, a este respeito, cabe fazer uma alusão ao chamado princípio da incapacidade por menoridade.

A incapacidade por menoridade revela-se em dois planos distintos: o da incapacidade jurídica ou incapacidade de gozo e o da incapacidade de agir ou incapacidade de exercício de direitos<sup>43</sup>. Rosa Martins afirma que “o conceito de incapacidade obtém-se destacando o perfil negativo do conceito de capacidade. Deste modo, o caminho a percorrer é o da análise do conceito de capacidade.”<sup>44</sup>

Permita-se-nos, então, rememorar noções adquiridas em outro ensejo para conferir espessura às considerações que se seguem.

Relativamente às pessoas singulares, as únicas sobre que versa o presente trabalho, o art.º 67.º enuncia que “as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica.” A capacidade jurídica ou capacidade de gozo traduz, pois, a aptidão concreta<sup>45</sup> para se ser titular de um círculo maior ou menor de relações jurídicas<sup>46</sup>.

Todas as pessoas possuem, pelo simples facto de o serem, capacidade jurídica<sup>47</sup>. Não obstante, a suscetibilidade de ser em concreto titular de direitos e obrigações pode

---

<sup>42</sup> A confirmá-lo está, de resto, a própria disciplina legal atinente a esta matéria. Com efeito, o art.º 123.º preceitua que “salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.” Já Rosa Martins considera “reduzida a perspectiva que encara a menoridade exclusivamente como fundamento de incapacidade”, propondo uma “reapreciação crítica do instituto da incapacidade por menoridade.” Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>43</sup> C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 221, alerta para a falta de rigor da expressão “capacidade de exercício de direitos”, porquanto se trata “unicamente da susceptibilidade de exercer direitos deixando de fora o cumprimento das dívidas e a aquisição de direitos ou a assunção de obrigações.”

<sup>44</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 45.

<sup>45</sup> Orlando de Carvalho refere-se à capacidade jurídica como um “posse concreto”. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil: sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981 (polic.), pp. 160 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 220.

<sup>47</sup> Por esta razão, explica ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 160 e ss., a capacidade jurídica é “um instrumento da personalidade *qua tale*.” A distinção entre os conceitos de personalidade e capacidade é hoje um dado adquirido. Não acontecia assim na vigência do Código de Seabra, nomeadamente por efeito do seu art.º 1.º, que estabelecia uma relação de identidade entre os dois conceitos: “Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.” Também na lição de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica I, Sujeitos e Objecto*, Almedina, Coimbra, 1960, p. 31, “não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário.”

variar de sujeito para sujeito, segundo certas circunstâncias ou situações<sup>48</sup>. A capacidade jurídica reclama-se um *quantum* mensurável, “algo, portanto, de quantificável, de teoricamente variável de pessoa para pessoa jurídica, de sujeito para sujeito de direito.”<sup>49</sup> O mesmo é dizer que não é igual para todos a medida exata desses direitos e obrigações<sup>50</sup>.

Do prisma da capacidade jurídica, a regra é a de que os menores podem ser titulares de todas as relações jurídicas de que não sejam expressamente excluídos em função da idade<sup>51</sup>.

Num plano distinto, fala-se de capacidade de agir ou capacidade de exercício de direitos para referir a idoneidade para atuar de forma juridicamente relevante. Nas doutas palavras de Manuel de Andrade<sup>52</sup>, “não só para exercer direitos ou cumprir obrigações como também para os adquirir ou as assumir, e para fazer tudo isto pessoalmente, por acto próprio e exclusivo sem haver lugar à intervenção de um representante legal (...)”, e autonomamente, *i.e.*, “sem ser necessário o consentimento de outra pessoa (...)” Em princípio, e em conformidade com o disposto nos art.ºs 130.º e 133.º, todas as pessoas singulares têm capacidade de agir, sendo as incapacidades excepcionais.

Os menores, salvo disposição em contrário, carecem de capacidade para o exercício de direitos (art.º 123.º).

O que acima se expôs a propósito de cada uma das noções mencionadas permite-nos a conclusão de que os conceitos em exame não se sobrepõem<sup>53</sup>. Assim, pode

---

<sup>48</sup> A idade é um dos critérios fundamentais para a determinação da capacidade jurídica da pessoa humana. A propósito da influência da idade na capacidade jurídica dos indivíduos, *vide* LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 265. Já ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 89, considera a idade “como factor irrelevante no que respeita à capacidade jurídica (...)”.

<sup>49</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 160 e ss.

<sup>50</sup> Cfr. ANTÓNIO PAIS DE SOUSA, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados no Âmbito do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 23.

<sup>51</sup> Vale isto por dizer que ao menor é reconhecida capacidade jurídica genérica, admitindo-se, porém, limitações em razão da idade no âmbito dos atos estritamente pessoais. Desta forma, um menor de dezasseis anos não pode ser titular do direito a celebrar casamento (art.ºs 1600.º e 1601.º, al. a)) nem do direito de perfilhar (art.º 1850.º, n.º 1), e um menor de dezoito anos não emancipado não pode ser titular do direito de testar (art.º 2189.º). Referimo-nos, respetivamente, à incapacidade nupcial, incapacidade para perfilhar e incapacidade para testar. O carácter pessoalíssimo de tais atos justifica que não podendo ser praticados pelo próprio incapaz também não possam ser praticados pelo seu representante legal. Daqui decorre que as incapacidades jurídicas especiais são insupríveis. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 83, recusa a existência de limitações à capacidade jurídica em razão da idade, propondo a eliminação das tradicionais incapacidades de gozo por menoridade. Para a Autora, “não são, pois, admissíveis restrições à capacidade jurídica, em razão da idade.” Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 89. Em sentido semelhante, *vide* RAÚL GUICHARD ALVES, “Observações a respeito da incapacidade de exercício dos menores e sua justificação”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, p. 359.

<sup>52</sup> Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica I... op. cit.*, pp. 31 e ss.

<sup>53</sup> Em sentido contrário, o ordenamento jurídico anglo-saxónico acolhe um conceito unitário de capacidade, que abrange a capacidade jurídica e a capacidade de agir. Com bibliografia sobre o assunto, *vide* ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 56 (nota 124). Entre nós, Rosa Martins defende o carácter artificial da

configurar-se a hipótese de um sujeito possuir capacidade jurídica mas ser considerado pelo mundo do normativo jurídico incapaz de agir<sup>54</sup>, havendo como que “uma fractura entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício da mesma pessoa”<sup>55</sup> – é o caso do sujeito menor de idade.

### 1.1) O princípio da incapacidade legal de agir por menoridade

A incapacidade de agir por menoridade surgiu como instrumento de proteção dos interesses patrimoniais do sujeito menor de idade e como meio de satisfazer as exigências de certeza e segurança do tráfico jurídico, através da exclusão do menor da vida jurídica<sup>56</sup>. Mais não é do que o espelho da incompletude natural deste sujeito no âmbito das relações

---

distinção no âmbito dos direitos puramente pessoais, pois “quando estão em causa direitos que mais não são do que manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhado do reconhecimento da aptidão para os exercer (capacidade de agir).” A Autora crê, no entanto, que também não faz sentido insistir na distinção no âmbito do direito civil patrimonial. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 61 (nota 129). Da mesma forma, mas desta feita no âmbito dos direitos fundamentais, a doutrina jurídico-constitucional portuguesa maioritária considera irrelevante a distinção em causa. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “não tem, em princípio, qualquer utilidade no direito constitucional a distinção entre *capacidade de gozo* de direitos (titularidade) e *capacidade de exercício*, que é vulgar no direito civil. Primeiro, tal distinção não tem no texto constitucional o mínimo apoio; depois, ela não seria congruente com o entendimento constitucional dos direitos fundamentais (...) para o qual o gozo de direitos consiste na capacidade de exercê-los; finalmente, nos casos constitucionalmente previstos de limitação do exercício de direitos fundamentais (...) nunca ela está ligada à incapacidade ou inaptidão subjectiva dos titulares dos direitos cujo exercício é comprimido.” Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 124, em anotação ao art.º 12.º da CRP. Ainda a respeito dos direitos fundamentais, mas justificando a relevância da distinção, vide JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a direitos fundamentais*, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, organizado por Jorge Miranda, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 279 e ss. Em Espanha, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO *et al*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1998/1999, p. 127, informa-nos que foi outrossim discutida a razoabilidade da distinção, pois “*en realidad, el goce de los más importantes derechos de la personalidad no requiere ninguna capacidad de obrar.*”

<sup>54</sup> “A importância da distinção entre capacidade de gozo e capacidade de exercício reside também em tornar claro que a titularidade não fica prejudicada pela insusceptibilidade de exercício pessoal e livre.” Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>55</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 254.

<sup>56</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 103. A disciplina atual do instituto da incapacidade de agir por menoridade funda-se no modelo de regulação desta matéria previsto no *Code Civil* de 1804, que afastava o sujeito menor de idade do universo jurídico para assegurar a sua proteção patrimonial mas também a proteção da certeza e segurança do tráfico jurídico (cfr. FRANCESCA GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 7-8 e 14-15). Às finalidades mencionadas, Jean Carbonnier e Raúl Guichard Alves acrescentam a proteção do conteúdo do velho poder paternal. Com efeito, o primeiro Autor citado sustenta que a incapacidade de agir por menoridade tem também por fim assegurar ao grupo familiar a unidade de direção que estaria ameaçada caso as capacidades se excessessem de forma dispersa (cfr. JEAN CARBONNIER, *Droit Civil I... op. cit.*, p. 199 e *Droit Civil 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21.ª ed. reformulada, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, p. 80). O Autor português observa que o “poder paternal só pode, designadamente, exercer a sua plena função quando o menor a ele não se possa subtrair” (cfr. RAÚL GUICHARD ALVES, “Observações a respeito...” *op. cit.*, pp. 362-363). Discordando dos Autores, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 98 (nota 212).

externas, da sua inaptidão para participar na vida jurídica e consequente necessidade de proteção<sup>57</sup>. Nestes termos, a finalidade de proteção é valorada pela negativa, ou seja, pretende-se evitar que o menor sofra prejuízos de ordem patrimonial e pessoal, protegendo-o contra si e contra terceiros tentados a abusar da sua vulnerabilidade. De resto, o interesse determinante da incapacidade é o interesse do próprio menor incapaz<sup>58</sup>.

Todavia, o estado civil de menor não corresponde necessariamente a uma situação de incapacidade<sup>59</sup>, esta que não se faz sentir sobre ele senão episodicamente. Destarte, já a partir dos dezasseis anos o nosso Código Civil começa a conceder ao menor a possibilidade de ensaiar alguma responsabilização própria da maioridade que se aproxima, abrindo espaço para o seu ingresso pleno no tráfico jurídico.

Neste sentido, pode suceder que a um determinado sujeito, apesar de ser ainda menor de idade, seja legalmente reconhecida capacidade de agir – é o caso do menor emancipado pelo casamento<sup>60</sup> (art.ºs 132.º, 133.º, 1600.º e 1601.º, al. a)). Assim, após a emancipação a pessoa continua a ser menor, mas deixa, em princípio, de ser incapaz. O seu estado civil passa a ser o de menor emancipado.

De acordo com a nossa legislação, a condição jurídica de emancipado confere plena equivalência aos maiores de dezoito anos, salvo se o menor não tiver autorização dos pais para o casamento. Nessa hipótese, apenas não se assumirá como plenamente capaz quanto à administração dos seus bens próprios (art.ºs 1604.º, al. a), 1627.º e 1649.º). A emancipação apresenta-se, pois, como a máxima expressão do reconhecimento ao sujeito menor de idade de uma esfera de atuação jurídica progressivamente mais ampla<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 91. A mais da tradicional finalidade de proteção, a doutrina tem vindo a reconhecer à incapacidade de agir por menoridade a finalidade de promoção do desenvolvimento integral do sujeito menor de idade ou, como a ela se refere RAÚL GUICHARD ALVES, “Sobre a incapacidade...” *op. cit.*, p. 362, uma “finalidade educacional”.

<sup>58</sup> Seguindo a exposição de GUILHERME DE OLIVEIRA, “Protecção de menores/Protecção familiar”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 268, “a justificação corrente desta incapacidade para agir, universalmente reconhecida, está na necessidade de defender os menores contra as suas próprias fraquezas.”

<sup>59</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 258 e ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 18. No mesmo sentido, vide FERRUCCIO TOMMASEO, “*Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*”, *Famiglia e Diritto*, n.º 4, 2007, p. 410, onde se esclarece que “*l’incapacità d’agire non è condizione che accompagna costantemente la minore età*”, e FRANCESCA GIARDINA, “*Minore. I) Diritto Civile*”, in *Enciclopedia Giuridica*, Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, p. 1.

<sup>60</sup> A partir da Reforma do Código Civil de 1977, o único facto constitutivo da emancipação, admitido entre nós, é o casamento (art.º 132.º). Sobre os reflexos da emancipação legal pelo casamento no direito europeu, vide RUI DE ALARCÃO, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “Maioridade e Emancipação...” *op. cit.*, pp. 375-377.

<sup>61</sup> Reconhecendo, contudo, uma utilidade diminuta ao instituto em virtude, designadamente, da antecipação da idade legal da maioridade, vide RUI DE ALARCÃO, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “Maioridade e Emancipação...” *op. cit.*, p. 388.

Ademais, a incapacidade de agir do sujeito menor de idade, sendo em princípio geral<sup>62</sup>, não é total, comportando exceções (art.º 123.º, 1.ª parte). Vale dizer que, em certos casos e para certos atos, ao menor de idade é excecionalmente reconhecida capacidade de agir<sup>63</sup>. A este propósito, e para utilizarmos uma das já mencionadas expressões cunhadas pela doutrina, fala-se sugestivamente em “maioridades especiais” como sendo “matérias em que a ordem jurídica confere à criança o poder de se emancipar da tutela legal conferida pela menoridade e, como correspectivo, a autonomização face ao exercício das responsabilidades parentais.<sup>64</sup>” Ainda assim, esta faculdade de emancipação parcial está dependente, na maioria dos casos legalmente previstos, da observância de uma idade determinada, sendo o horizonte dos catorze a dezasseis anos aquele que amiúde é fixado<sup>65</sup>.

Acresce que o próprio sistema jurídico reconhece no art.º 127.º algumas exceções à incapacidade geral de agir por menoridade mesmo no domínio patrimonial.

No fundo, superando a barreira do elemento literal do art.º 123.º, a lei flexibiliza a rigidez do princípio da incapacidade legal de agir por menoridade, invertendo o efeito da presunção geral de incapacidade<sup>66</sup>. Todavia, a regra geral continua a ser a aquisição da capacidade geral aos dezoito anos, com a maioridade, embora com fortes desvios de carácter excecional, quer no sentido do estabelecimento de patamares etários, quer na determinação da capacidade civil pela capacidade natural<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> À criança e ao adolescente é reconhecida uma incapacidade de agir geral que abrange, em princípio, tanto os atos de natureza pessoal como os atos de natureza patrimonial (art.º 123.º). Assim ensinam C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 222, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 265 e H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral... op. cit.*, p. 318. Porém, a afirmação do carácter genérico da incapacidade por menoridade não é isenta de dúvidas. Assim, por exemplo, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 170-171 (nota 259a), ao restringir o âmbito de aplicação do art.º 123.º à capacidade negocial de exercício de direitos, parece admitir o reconhecimento da capacidade de agir no âmbito pessoal.

<sup>63</sup> Assumindo igualmente a hipótese de a lei reconhecer ao menor de idade uma especial capacidade de agir, *vide* FERRUCCIO TOMMASEO, “*Rappresentanza...*” *op. cit.*, p. 410. No mesmo sentido, Angelo Falzea é de opinião que “*se è vero che la maggiore età integra il presupposto di fatto per il riconoscimento al soggetto della qualità generale della capacità di agire, è igualmente vero: che la minore età non preclude al soggetto la possibilità di compiere qualsiasi atto giuridico con la sola eccezione di quelli per i quali la legge espressamente lo abilita.*” Cfr. ANGELO FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 272.

<sup>64</sup> GERALDO ROCHA RIBEIRO, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)” in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito e Saúde*, ano 7, n.º 14, 2010, p. 113.

<sup>65</sup> São exemplo os art.ºs 1601.º, al. a), 1850.º, n.º 1, 1886.º *a contrario*, 1888.º, n.º 1, al. d), 1931.º, n.º 2 e 1981.º, n.º 1, al. a). Fora do Código Civil, *vide* os art.ºs 5.º, n.º 1 da Lei n.º 36/98, de 24 de julho (que aprovou a Lei de Saúde Mental), 1.º e 2.º da Lei Tutelar Educativa e o art.º 38.º, n.º 3 do CP que criou uma “maioridade para acesso a cuidados de saúde” (cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde” *op. cit.*, p. 17).

<sup>66</sup> Da mesma forma, pode ocorrer que um sujeito, embora maior, não possua a capacidade de agir correspondente a esse *status* por se encontrar numa situação de incapacidade por interdição ou inabilitação (art.ºs 131.º, 138.º, n.º 2 e 156.º).

<sup>67</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 111.

### 1.1.1) Críticas dirigidas ao princípio da incapacidade legal de agir por menoridade

As considerações que se deram a lume revelam que o estado de menor não se confina – nem pode confinar-se – à perspetiva desajustada, mas que ainda serve de pano de fundo ao regime da nossa lei civil, da incapacidade legal de agir. Com efeito, a estatuição de uma incapacidade geral de agir não impede o reconhecimento, em determinadas circunstâncias, da capacidade de agir concreta e circunstancial de um sujeito menor de idade.

Evidenciando as deficiências do princípio, de entre elas ressalta a incompatibilidade do juízo de valoração negativa da atuação do sujeito menor com o carácter dinâmico da menoridade, enquanto “realidade em devir”<sup>68</sup>, e com o desenvolvimento progressivo do sujeito menor de idade. Assim, contra o entendimento tradicional do princípio da incapacidade de agir por menoridade são já várias as vozes que se fazem ouvir na doutrina nacional e estrangeira.

Entre nós, Rosa Martins dedica um estudo à necessidade de adequar o regime legal da incapacidade de agir por menoridade ao fenómeno da descoberta da personalidade da criança e do adolescente<sup>69</sup>. A Autora propõe a inversão do princípio, ou seja, a consagração do princípio da capacidade de agir do sujeito menor de idade. “Este princípio traduz-se no reconhecimento, ao menor, de uma capacidade de agir limitada a um determinado âmbito de actuação, tendencialmente coincidente com o âmbito de actuação delimitado pela sua capacidade natural.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 117.

<sup>69</sup> *Idem*, pp. 109 e ss.

<sup>70</sup> ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 112. A Autora esclarece que a capacidade de agir está, “em princípio, dependente do critério da capacidade natural, ou seja, da capacidade de querer e de entender para que uma dada pessoa possa autonomamente conduzir a sua vida”, livre de quaisquer determinações heterónomas e alheias. Não implica isto, explica Rosa Martins, a total correspondência entre capacidade natural e capacidade de agir, pois “dizer que a capacidade natural é critério da capacidade de agir significa exigir ao legislador a correspondência tendencial” entre cada uma das dimensões. *Idem*, pp. 101 (nota 221) e 116-117. Em Espanha, CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, pp. 1406 e 1446-1447, considera impraticável um sistema que concretize a total correspondência entre capacidade natural e capacidade de agir, pois que a averiguação casuística da primeira realidade é causa de incerteza e insegurança jurídica. Secundando idêntica posição, FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civi de España II*, Civitas, Madrid, 1952 (reimpr., Madrid, 1984), pp. 49 e ss., sustenta que “*la doctrina jurídica ha sufrido uno de sus errores mayores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer.*” Para o Autor, a capacidade de agir depende antes do estado civil das pessoas. “*Pero no de cualquier estado civil, como sabemos: la mayor o menor edad, y la incapacitación*”, acrescenta CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, p. 1407 (nota 39). Já ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...*

Fora das nossas fronteiras, a inversão do princípio é bem acolhida pela doutrina espanhola, atribuindo-se a Federico De Castro a visão pioneira do sujeito menor de idade como sujeito dotado de uma capacidade de agir limitada<sup>71</sup>.

Aqui concretizando a proposta, cumpre-nos dizer que tem servido de argumento para abandonar o atual desenho legal do instituto da incapacidade de agir por menoridade a sua inadequação à esfera dos atos pessoais. Desde logo, é a origem patrimonial do instituto, justificada pela finalidade de proteção patrimonial do menor, que denuncia a sua inaplicabilidade àqueles atos. Na verdade, os interesses que justificam a consagração legal de uma incapacidade geral de agir restringem-se ao domínio patrimonial, pois só aí se encontram suficientemente preenchidos os pressupostos que limitam o reconhecimento da capacidade plena de agir do sujeito menor.

Depois, a aplicação da regra da incapacidade de agir por menoridade veda ao menor a possibilidade de exercer direitos puramente pessoais, enquanto manifestações da própria personalidade<sup>72</sup>. A negação de tal possibilidade impede-o de ir experimentando a

---

*op. cit.*, p. 39, sustenta que “(...) no es admisible la correspondencia directa entre el estado civil y la capacidad de obrar, propugnada por De Castro, por la sencilla razón de que hay estados civiles que no guardan relación alguna com aquélla (...)”

<sup>71</sup> Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España... op. cit.* Aderindo a esta tese, vide CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil...” *op. cit.*, p. 1433. No mesmo sentido, M.ª PAZ SANCHÉZ GONZÁLEZ, “El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de Familia de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, p. 645 (nota 25), afirma que “el menor no emancipado no es un sujeto incapaz, sino con capacidad de obrar limitada.” Não registamos, contudo, a unanimidade da doutrina porque se conhecem algumas posições divergentes relativamente a esta compreensão. Vide, por todos, CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil...” *op. cit.*, p. 1433 (nota 124). Ao nível legislativo, o art.º 133.º, n.º 3 do Código de Família da Catalunha e o art.º 2, § 2.º da Ley 1/1996, de 15 de janeiro (que aprovou a Ley de Protección Jurídica del Menor) recomendam a interpretação restritiva das limitações à capacidade de agir dos menores. Sobre a última norma vinda de analisar, ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores... op. cit.*, p. 46 (nota 23), observa que “la formulación de tal regla de interpretación es discutible, porque las normas de capacidad de obrar de los menores, más que restrictivamente, han de interpretarse en el sentido de lograr la mayor protección del menor.”

<sup>72</sup> Neste nosso enlevo, classificamos de direitos puramente pessoais os direitos subjetivos incindíveis da pessoa do seu titular, ou seja, os direitos de personalidade tal qual constituem o mínimo necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade. Cfr. ADRIANO DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 18-19. Acerca da determinação do conteúdo da personalidade humana juridicamente tutelada registam-se duas atitudes diversas: ordenamentos jurídicos onde se admite abertamente um direito geral de personalidade a par de direitos especiais de personalidade (é o que decorre, v.g., das cláusulas gerais de tutela da personalidade humana do art.º 28.º do Cód. Civ. suíço, do art.º 57.º do Cód. Civ. grego, do art.º 2.º, n.º 1 da Lei Fundamental alemã, do § 16.º do Cód. Civ. austríaco e do nosso art.º 70.º) e ordenamentos jurídicos em que é maioritária a construção de exclusivos mas múltiplos direitos especiais de personalidade (em Itália e em França são predominantemente reconhecidos sistemas deste tipo, apesar de alguma doutrina sustentar uma extensa multiplicidade e um conteúdo muito amplo de tais direitos). Para mais desenvolvimentos, vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade... op. cit.*, pp. 122 e ss. Considerado no seu conjunto, o nosso sistema jurídico, ficou dito, consagra uma cláusula de tutela geral da personalidade (art.º 70.º), ao mesmo tempo que tutela aspetos dispersos dessa personalidade (art.ºs 72.º a 80.º) não previstos especificamente mas carecentes de tutela juscivilística. A favor da admissão de um direito geral de personalidade, vide ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 42 e ss., FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 91 (nota 109), LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do*

sua qualidade de pessoa, exercendo os direitos essenciais a essa condição, nos casos em que possua capacidade natural – entendida como capacidade de querer (capacidade volitiva) e de entender (capacidade intelectual) – para o “planeamento e auto-organização coerente da vida.”<sup>73</sup> Deste modo, explica Rosa Martins, “resulta ser o não reconhecimento de capacidade de agir a certos sujeitos ilegítimo, por não se encontrar ancorado na carência de capacidade natural.”<sup>74</sup>

O legislador não foi, contudo, indiferente à análise do problema, e fixou limites de idade inferiores à maioridade para a prática de atos estritamente pessoais. Consagrou, assim, os designados casos de “capacidades de agir especiais”<sup>75</sup>. Todavia, a natureza excepcional e taxativa da permissão legal para a prática destes atos numa idade inferior à da plena capacidade de agir não se mostra em sintonia com o fenómeno de “revalorização do menor na sua qualidade de pessoa”<sup>76</sup>. Com efeito, o voto de respeito pelo reconhecimento da qualidade de sujeito de direitos ao menor de idade exige o igual reconhecimento do seu papel ativo no tráfico jurídico, admitindo a sua atuação de modo juridicamente relevante na medida da sua capacidade natural, o que é dizer, na medida

---

*Direito Civil I*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2001, p. 225 e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1992, p. 165. Em sentido contrário, Oliveira Ascensão rejeita um direito geral de personalidade porque enquanto “figura anómala” “oferece desvantagens específicas” e “não favoreceria a tipificação de modalidades de intervenção, pois se poderia passar directamente da figura geral à aplicação concreta”, pondo em causa a segurança jurídica. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil... op. cit.*, pp. 87-88. Para Menezes Cordeiro, é verdade que o art.º 70.º reconhece uma proteção geral à personalidade mas “tecnicamente não podemos, daí, extrapolar um «direito geral»: teria um objecto indefinido, não se enquadrando na natureza específica que sempre acompanha qualquer direito subjectivo.” Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 81. Defendendo que “não há justificação para acolher no Direito Civil português (art.º 70.º) um «direito geral de personalidade»”, Oliveira Festas critica a extensão desmesurada do seu objeto, “para além de o fundamento do «direito geral de personalidade» radicar em especialidades da ordem jurídica germânica” que não têm cabimento no nosso ordenamento jurídico. Cfr. DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 81 (nota 238). No âmbito das preocupações com os sujeitos menores de idade, Rosa Martins evidencia a importância da admissibilidade de um direito geral de personalidade, pois enquanto “direito à pessoa-ser e à pessoa-devir”, na definição de ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 180, satisfaz as exigências da personalidade de quem ainda se encontra num estágio de amadurecimento ou desenvolvimento. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 59 (nota 126).

<sup>73</sup> J. BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117.º, p. 266.

<sup>74</sup> ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 102 (nota 221).

<sup>75</sup> Vide supra p. 21.

<sup>76</sup> A expressão, no texto traduzida, é de PIETRO RESCIGNO, “*I minori tra famiglia e società*”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, ano XI, 1982, p. 274.



em que possua um *minimum* de discernimento<sup>77</sup> e maturidade para a realização existencial da sua personalidade (art.º 69.º da CRP)<sup>78</sup>.

Neste sentido, o elemento literal do art.º 123.º não deve impedir o reconhecimento da capacidade de agir ampla do sujeito menor de idade quanto ao exercício de direitos da esfera pessoal, porquanto “a lei se limita a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, não querendo afastar a possibilidade de reconhecer o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* do menor, aliás constitucionalmente imposto pelo art.º 26.º, n.º 1, da Constituição, sobretudo ao nível dos actos pessoais.”<sup>79</sup>

No campo dos atos pessoalíssimos, entronca ainda a questão da oportunidade de funcionamento do mecanismo da representação legal. Trata-se, pois, do facto de tais atos, por serem incindíveis da personalidade do sujeito que os pratica, não poderem ser exercidos por outra pessoa que não o titular do direito que subjaz à sua prática<sup>80</sup>. Por aqui se conclui que fica excluída a representação legal em relação aos atos que, pela sua índole pessoal, são inconciliáveis com a substituição do titular do direito<sup>81</sup>.

Deste jeito, não podendo confiar-se na utilidade do instituto, ocorre perguntar se fica precludido o exercício dos direitos puramente pessoais até que o sujeito menor de idade possua discernimento para atuar “por si mesmo e por si só”<sup>82</sup>. A esta interrogação, Rosa Martins julga ser de dar resposta negativa, sendo os pais ou o tutor que devem atuar

---

<sup>77</sup> O conceito de discernimento surge expressamente no Código Civil suíço sob a designação de *Urteilsfähigkeit*. Em concreto, o art.º 19.º, II do diploma reconhece aos menores capazes de discernimento capacidade de agir no âmbito dos direitos estritamente pessoais. Sobre esta solução, em geral e com mais informação, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 121-122 (nota 268).

<sup>78</sup> Uma das dimensões do direito constitucionalmente consagrado ao desenvolvimento da personalidade assenta na consideração do sujeito menor de idade como pessoa em formação, “cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades.” Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada... op. cit.*, p. 355, em anotação ao art.º 69.º da CRP. No mesmo sentido, CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, pp. 1401-1402 (nota 25), reconhece que “*la atribución de capacidad de obrar (...) y con ella de la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de la propia actuación, se revela como «cauce ordinario del desarrollo de la personalidad»*”. O Autor informa que também na doutrina alemã se entende que se a participação ativa no tráfico jurídico é expressão do desenvolvimento da personalidade, então a negação da capacidade de agir traduz uma limitação a esse direito.

<sup>79</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir...” *op. cit.*, pp. 204 e 218.

<sup>80</sup> A respeito da problemática ora discutida, o art.º 1881.º, n.º 1 confirma que “o poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente (...).” Ainda assim, é discutida a amplitude dos atos que não admitem representação. Cfr. *infra* nota 82.

<sup>81</sup> Esta conclusão é pacífica quando reportada aos direitos pessoalíssimos tradicionais ou, na formulação da doutrina suíça, aos direitos pessoalíssimos absolutos (v.g., direito a casar, a reconhecer um filho ou a dispor de bens por testamento). Já no que concerne aos direitos pessoalíssimos relativos, admite-se que possam ser exercidos ao abrigo do instituto da representação legal.

<sup>82</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 127 (nota 282).

em vista da proteção e promoção dos direitos em causa, não na qualidade de representantes legais, mas sim no exercício do seu poder-dever de educar<sup>83</sup>.

Os resultados insatisfatórios a que o princípio da incapacidade legal de agir por menoridade conduz manifestam-se também na esfera dos atos patrimoniais, porquanto a constatação da capacidade natural do menor não impede o reconhecimento da sua capacidade de agir atual e situacional para o exercício de direitos da esfera patrimonial. Assim, a proibição da prática de atos jurídicos de natureza patrimonial, quando não fundada na ausência de capacidade natural do menor, corresponde também à negação do direito ao desenvolvimento da sua personalidade.

Rosa Martins sustenta, do mesmo modo, a insuficiência do instituto da representação legal no âmbito patrimonial. Na opinião da Autora, muito embora a categoria dos atos patrimoniais não seja incompatível com a *ratio* do instituto, certo é que não se coaduna com a caracterização da menoridade enquanto etapa de amadurecimento progressivo do ser humano.

Às críticas apontadas pode replicar-se com a afirmação, por nós já reproduzida, de que, no campo patrimonial, o nosso ordenamento jurídico abre brechas ao princípio da incapacidade de agir por menoridade através das exceções expressamente previstas no art.º 127.<sup>84</sup> Para Rosa Martins, porém, este argumento está longe de ser decisivo porquanto o alcance das exceções ao princípio no domínio patrimonial está condicionado pela verificação de três requisitos e pela sua respetiva densificação<sup>85</sup>.

Contudo, a proposta de inversão do princípio da incapacidade legal de agir por menoridade espera ainda hoje por uma oportunidade para vingar na nossa ordem jurídica. Na prática, a consideração do sujeito menor de idade como sujeito dotado de uma capacidade de agir limitada implica apenas “*una atenuación de la severidade del régimen legal al que se ve sometido el menor*”<sup>86</sup>, pois, infelizmente, “das palavras à prática o passo é grande e nem sempre é dado.”<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> *Idem*, p. 131.

<sup>84</sup> Para uma análise mais atenta de cada das exceções, *vide* LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, pp. 265-269.

<sup>85</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 107-108. No mesmo sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 111-113.

<sup>86</sup> Cfr. CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, p. 1434.

<sup>87</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, p. 479 (nota 1).

### 1.1.2) Suprimento da incapacidade legal de agir por menoridade

Ao imprimir à incapacidade de agir por menoridade um carácter genérico, a lei veda ao sujeito menor de idade a possibilidade de participar no tráfico jurídico. Tal proibição poderia ter como consequência a paralisação da vida jurídica do menor, o que, no entanto, não acontece. Apesar de ele não movimentar, por ato próprio e exclusivo, a sua esfera jurídica, os atos jurídicos que lhe interessam não deixam de ser praticados, podendo e devendo ser assumidos por outra pessoa, em seu nome e no seu interesse<sup>88</sup>. Assim, a incapacidade de agir por menoridade é suprida, em regra<sup>89</sup>, através do instituto da representação legal. Por isso, a tendência do legislador é para falar, a este respeito, de representantes legais do menor.

---

<sup>88</sup> Como ensina MANUEL DE ANDRADE em *Teoria Geral da Relação Jurídica I... op. cit.*, p. 33, a sua capacidade de direitos não deixará por isso de ser exercitada.

<sup>89</sup> Excepcionalmente, a incapacidade de agir do sujeito menor de idade é suprida através do mecanismo legal da assistência. A assistência não se traduz na substituição da atuação jurídica do incapaz, pois a iniciativa de agir pertence a si mesmo. É o incapaz quem atua e o assistente apenas o autoriza ou não a agir, confirma a sua atuação ou intervém ao lado dele, assim assumindo uma função “inibitória ou completiva da vontade do assistido.” Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica II, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, reimpr., Almedina, Coimbra, 1992, p. 296. A doutrina costuma apresentar como exemplos os casos do casamento do menor de dezoito anos mas maior de dezasseis e o contrato de trabalho. Afirmando que apenas o segundo exemplo pode configurar um caso de assistência, vide C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, pp. 222 (nota 242) e 231 e ROSA MARTINS, *Menoridade...op. cit.*, p. 93 (nota 199). Assim, nos termos do art.º 70.º, n.º 2 do CT, o menor que não tenha completado dezasseis anos de idade ou não tenha concluído a escolaridade obrigatória apenas pode celebrar validamente um contrato de trabalho “mediante autorização escrita dos seus representantes legais.” No mesmo sentido, o n.º 3 preceitua que o menor tem capacidade para receber a retribuição devida pelo respetivo trabalho, “salvo oposição escrita dos seus representantes legais.” Ora, atenta a natureza estritamente pessoal do contrato de trabalho, é por demais evidente que a sua celebração não se compagina com a substituição da pessoa do menor em que a representação legal se cifra. Carlos Martinez de Aguirre e Lemouland, afastando-se da regra, preferem um sistema binário, capaz de articular o mecanismo da representação legal e a figura da assistência (cfr. CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE, “*La protección jurídico-civil...*” *op. cit.*, pp. 1448 e ss. e JEAN- JACQUES LEMOULAND, “*L’assistance du mineur, une voie possible entre l’autonomie et la représentation*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, pp. 18 e ss.). Reconhecendo embora mérito aos Autores, Rosa Martins entende ser necessário ir um pouco mais além. Defendendo de *jure condendo* a existência de escalões etários dentro da menoridade (infância, pré-adolescência e adolescência), a Autora propõe um sistema ternário de suprimento da incapacidade de agir do sujeito menor de idade (representação legal estrita, representação legal mitigada e assistência), adaptando-se cada um dos meios de suprimento sugeridos ao grau de desenvolvimento do menor. Para maiores desenvolvimentos, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 126 e ss.

Os modos<sup>90</sup> de suprimento da incapacidade de agir dos menores, através da representação, são as responsabilidades parentais (art.ºs 124.<sup>o91</sup> e 1878.<sup>o</sup>) e, subsidiariamente, a tutela (art.ºs 124.<sup>o</sup> e 1921.<sup>o</sup> e ss.). Eventualmente, pode justificar-se a instituição do regime de administração de bens (art.ºs 1922.<sup>o</sup> e 1967.<sup>o</sup> e ss.)<sup>92</sup>.

De ora em diante, é sobre a representação legal no exercício das responsabilidades parentais que nos propomos discorrer e refletir.

---

<sup>90</sup> Designação que usamos de preferência à de “formas” ou “meios” de suprimento. A este propósito, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral... op. cit.*, pp. 134 e ss., seguido por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e actual., *op. cit.*, pp. 138-139, designa como “formas” de suprimento os modos de agir para o exercício lícito de direitos e cumprimento de deveres por quem o não pode fazer”, qual sejam a representação e a assistência, e como “meios” de suprimento o conjunto de “situações organizadas pelo direito para fazer face aos problemas suscitados pela impossibilidade de o titular do direito ou do dever agir por si exercendo-o ou cumprindo-o”, como sejam a responsabilidade parental (meio principal e normal de suprimento), a tutela (meio subsidiário de suprimento) e a administração de bens (meio eventual de suprimento). Quanto a nós, pensamos que a distinção é utilizada apenas por facilidade na exposição da matéria.

<sup>91</sup> Pensamos que só por manifesto lapso o legislador de 2008 não corrigiu a redação do artigo.

<sup>92</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, AAFDL, Lisboa, 1990/1991, pp. 153-155, acrescenta, como meio de suprimento secundário e eventual, a intervenção do Ministério Público (art.ºs 1890.<sup>o</sup>, n.º 2, 1891.<sup>o</sup>, 1915.<sup>o</sup>, 1918.<sup>o</sup>, 1920.<sup>o</sup>, 1920.<sup>o</sup> - A, n.º 2, 1951.<sup>o</sup> e art.º 3 da Lei n.º 9/2011, de 12 de abril) e, como meios eventualíssimos, os representantes especiais (previstos nos art.ºs 1891.<sup>o</sup> e 1956, als. a) e b)) e os terceiros em que os titulares das responsabilidades parentais ou o tribunal podem delegar o seu exercício (art.ºs 1907.<sup>o</sup> e 1918.<sup>o</sup>).

### Capítulo III

#### Representação legal no exercício das responsabilidades parentais

#### Secção I

##### Configuração jurídica da representação legal

##### 1) Teorias sobre a representação legal

É pacífica a conceção da representação legal como mecanismo de substituição da vontade do representado<sup>93</sup>. Todavia, a discussão em torno das teorias sobre a representação legal justifica que neste estudo dediquemos especial atenção à sua consideração. Vemos, assim, que as orientações que protagonizam o debate não reúnem a opinião unânime dos juristas, traçando-se uma distinção entre as correntes doutrinárias que a propósito foram ecoando, sobretudo no âmbito da elaboração doutrinal espanhola.

Desde logo, uma perspectiva negativista recusa a representação legal como instituto pertencente ao direito privado, porquanto lhe é alheia a autonomia do representado. De harmonia com este entendimento, o representante legal é uma espécie de funcionário público ou delegado de poderes públicos. Com o devido respeito, porém, não aderimos a esta orientação.

Em bom rigor, a ela pode objetar-se com o facto de o representante legal não ter características de um funcionário, pois não está ao serviço do Estado, mas antes subordinado, na sua atuação, à lei<sup>94</sup>. Mais se acrescenta que encará-lo como um funcionário público significa esvaziar a natureza pessoal do cargo<sup>95</sup>. Nem se pense, tampouco, que a maior infiltração da autoridade estadual no âmbito particular do direito da família, fruto da tendência para a publicização e socialização do direito privado em geral, aproxima a representação legal das instituições de direito público. Como

---

<sup>93</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 140 e HELENA MOTA, *Do Abuso de Representação: uma análise da problemática subjacente ao artigo 269.º do Código Civil de 1966*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 15. Em sentido aparentemente contrário, os §§ 107 e 108 do BGB, atenta a sua redação, sugerem que a intervenção do representante legal é complemento da atuação do menor incapaz.

<sup>94</sup> Cfr. REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 12 e FEDERICO DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, reimpr., Graf. Marisal, Madrid, 1976, p. 131.

<sup>95</sup> Cfr. DE LA CÁMARA, “*Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil*”, in *Estudios de Homenaje a F. De Castro I*, Madrid, 1976, p. 301. Reconhecendo igualmente o carácter pessoal do cargo de representante legal, “*por razón de su proximidad afectiva, su convivencia con el sujeto afectado o en general por su parentesco*”, vide JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 26.

sabiamente escreveu Pires de Lima<sup>96</sup>, a família “nem sempre se poderá bastar a si própria” e a estrita regulação das relações familiares “para a protecção dos interesses morais e materiais (designadamente dos primeiros) dos seus membros, [se] impõe uma activa vigilância e uma intervenção oportuna do próprio Estado.”

Um outro sector doutrinal posiciona-se a favor da representação legal enquanto instituto de direito privado. Na esteira desta corrente, alguns autores<sup>97</sup> tendem a defender a representação legal como um “ofício de direito privado”, *i.e.*, como o exercício de uma função em nome e no interesse de outra pessoa, conforme um dever e em virtude de um poder. Nesta perspetiva, o representante legal é um sujeito legalmente obrigado a atuar em benefício do representado.

Outros autores há<sup>98</sup>, no entanto, que duvidam do rigor desta opção. Na verdade, esclarecem, a representação legal não é um expediente autónomo, mas uma faculdade integrada num conjunto mais amplo de faculdades e deveres – as responsabilidades parentais. Invocam, assim, que o representante legal não atua na qualidade de representante, mas sim na qualidade de titular de um poder que exerce em vista do interesse de quem a esse poder está sujeito, ou seja, na qualidade de titular das responsabilidades parentais exercidas por excelência em benefício dos filhos. É ainda duvidoso que só o representante legal seja investido de um “ofício de direito privado”, quando é provável que também o representante voluntário o seja, na exata medida em que é igualmente um sujeito obrigado a atuar, ainda que contratualmente, no interesse do representado<sup>99</sup>. Os mesmos autores acrescentam que a intenção que preside à caracterização da representação legal como um “ofício de direito privado” – reconduzir o instituto à esfera do direito da família – é falaciosa, porquanto nem todos os cenários de representação legal se identificam estritamente com esse ramo do direito<sup>100</sup>.

Se nenhuma das construções jurídicas anteriores encontra conforto doutrinal, a solução mais adequada é a que se serve da distinção entre representação legal e representação voluntária, em função da “fonte donde promanam os poderes

---

<sup>96</sup> Cfr. F. A. PIRES DE LIMA, “Filiação, Poder Paternal, Tutela de Menores, Emancipação e Maioridade – Projecto de Reforma”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, p. 33.

<sup>97</sup> Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria general del negocio jurídico*, traducción a la segunda edición por Martín Pérez, Madrid, 1959, pp. 439-440 e VITTORIO NEPPI, *La rappresentanza. Saggio di una ricostruzione critica*, Milán, 1961, p. 84.

<sup>98</sup> Cfr. REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, p. 13 (nota 12) e JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>99</sup> No sentido do texto, *vide* JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, p. 21.

<sup>100</sup> Sirva de exemplo a representação legal de um ausente prevista nos art.ºs 181.º e ss. do Cód. Civ. espanhol.

representativos”<sup>101</sup>, para situar a primeira espécie, a par com a segunda, no âmbito da figura genérica da representação<sup>102</sup>.

## 2) Conceito de representação legal

O estudo de uma figura jurídica como a representação legal, reconhecida por diversos preceitos legais mas desprovida de uma base legal firme, obriga-nos a uma tarefa de interpretação conceptual. Para tanto, ensaiaremos desde já uma aproximação à noção de representação<sup>103</sup>.

No ordenamento juscivilístico português, o conceito de representação infere-se do art.º 258.º, resultando da leitura da fórmula legal utilizada que a representação se traduz no fenómeno jurídico em virtude do qual uma pessoa pratica um ato jurídico em nome<sup>104</sup> de outrem, produzindo-se na esfera jurídica deste os respetivos efeitos daquela atuação<sup>105</sup>. Os poderes de representação podem ser atribuídos, por ato voluntário<sup>106</sup>, pelo representado ao representante (representação voluntária), podem resultar dos estatutos de uma pessoa coletiva (representação institucional ou orgânica<sup>107</sup>) ou podem ter a sua

---

<sup>101</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 542. Na representação legal, os poderes representativos são definidos por lei. Na representação voluntária, os poderes representativos fundam-se num ato da vontade do representado – a procuração – que pode ser geral, se abranger todos os atos patrimoniais, ou especial, se abranger apenas os atos nela indicados.

<sup>102</sup> Neste sentido, vide LUIS DíEZ-PICAZO, LUIS DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1978, p. 50, MARIANO ALONSO PÉREZ, “*El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, p. 25 e, para maior informação, REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, p. 14 (nota 17).

<sup>103</sup> Não nos ocuparemos do estudo da figura da representação, pois que essa tarefa excederia os objetivos por nós pretendidos.

<sup>104</sup> Concordamos com a asserção de que “para existir representação basta que o negócio seja concluído em nome do representado, não sendo já necessário (...) que o seja no interesse do representado.” Assim, se a representação legal tem lugar no interesse do representado, a representação voluntária pode ter lugar no interesse do procurador. Cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 540 e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, 2.ª reimpr., Almedina, 2005, p. 5.

<sup>105</sup> Pode, contudo, verificar-se uma situação de representação imprópria quando falta a chamada *contemplatio domini*, i.e., quando o negócio é realizado no interesse de outrem mas em nome próprio. É o caso do contrato de comissão comercial (art.ºs 266.º e ss. do CCom.) e do contrato de mandato sem representação (art.º 1180.º).

<sup>106</sup> O ato voluntário de atribuição de poderes representativos chama-se procuração (art.º 262.º). Esta declaração pode existir autonomamente, na veste de negócio jurídico unilateral, ou coexistir com um contrato. O mandato com representação (art.º 1178.º), no qual está coenvolvida uma procuração, é a fonte mais frequente da representação voluntária, mas pode também sê-lo um contrato de agência. Cfr., para esta última hipótese, o art.º 2.º do Dec. Lei n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo Dec. Lei n.º 118/93, de 13 de abril.

<sup>107</sup> Segundo JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial II, Das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 585, “esta representação não é representação propriamente dita (legal ou voluntária). Sendo assim, as regras de direito privado comum relativas à representação (CCiv., arts. 258.º-269.º) não são aplicáveis directamente à representação orgânica. Embora a uma ou outra delas se possa recorrer por analogia.” Na lição de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica II...op. cit.*,

origem na lei (representação legal)<sup>108</sup>. Neste particular, merece a nossa especial atenção a representação legal.

Assim, a representação legal consiste no pôr em movimento a esfera jurídica do incapaz por outra pessoa, designada pela lei ou em conformidade com ela, agindo em nome, no interesse e em vez daquele. Dito de outra forma, traduz-se na substituição da atuação jurídica do incapaz, cuja capacidade de atuação a lei<sup>109</sup> transfere integralmente para outra pessoa.

Haja em vista o disposto, fica demonstrado que a representação legal é uma espécie do instituto geral da representação.

## **Secção II**

### **Responsabilidades parentais**

#### **1) Abandono do velho instituto do poder paternal**

A fórmula “poder paternal”, herança de uma sociedade patriarcal definida pela posição hierarquicamente superior e arbitrária do pai em relação à mulher e aos filhos, teve sólida tradição na linguagem jurídica. Entre nós, a Reforma do Código Civil de 1977<sup>110</sup>, não obstante haver logrado uma reorganização do instituto em análise<sup>111</sup>, discutiu

---

pp. 288-289, a representação de uma pessoa coletiva obriga à autonomização desta categoria, “que aliás não será verdadeira representação mas organicidade”.

<sup>108</sup> Sobre a distinção entre representação voluntária, orgânica e legal, *vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª ed., Almedina, 2010, pp. 327 e ss.

<sup>109</sup> Ou decisão judicial em conformidade com a lei.

<sup>110</sup> Doravante designada Reforma de 1977.

<sup>111</sup> No Código Civil de 1867, a disciplina do então poder paternal constava do título dedicado à incapacidade por menoridade e ao seu suprimento. Uma tal organização sistemática traduzia a redução do estatuto jurídico do sujeito menor de idade a uma condição de incapacidade. Já o Código Civil de 1966 situava a matéria restrita da incapacidade na *Parte Geral*, no subtítulo *Das pessoas*, conferindo um novo tratamento sistemático ao instituto do ainda designado poder paternal, que passa a figurar no Livro *Direito da Família*, no Título *Da filiação*, e a ser concebido como uma plêiade de poderes-deveres. Aplaudindo a opção tomada pelo legislador de 1966, *vide* JORGE MIRANDA, “O Poder Paternal no Código Civil de 1867 e no novo Código Civil. Breve Confronto, *Informação Social*, n.º 8, 1967, p. 78. Todavia, apesar de volvido um século entre um e outro Código, são “em muito maior número as semelhanças na orientação dada ao instituto por ambos os diplomas, do que as diferenças.” Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, 1.ª reimpr., AAFDL, Lisboa, 1994, pp. 13 e ss. À Reforma de 1977 coube o mérito de fixar o interesse do filho como trave mestra do exercício dos poderes-deveres em que se desdobram hoje as responsabilidades parentais (art.º 1878.º, n.º 1), para além de romper com a prevalência discriminatória da figura paterna e consequente desconsideração legal da mulher. Afinal, foi por intermédio da Reforma que a mulher obteve um estatuto legal de igualdade face à posição do cônjuge marido, deixando de “haver no nosso ordenamento jurídico qualquer norma que diferencie a posição jurídica dos progenitores que estão, assim, em absoluta igualdade normativa.” Cfr. HELENA GOMES DE MELO *et al*, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2010, p. 35.



sem êxito a mudança de terminologia<sup>112</sup>. Esta apenas se concretizou por ocasião da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Com efeito, o art.º 3.º do referido diploma substituiu a designação “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, assim acompanhando a tendência legislativa europeia<sup>113</sup> e acolhendo as orientações da doutrina recente<sup>114</sup>. “Mais do que um jogo de palavras, trata-se de assumir, também por via da linguagem<sup>115</sup> utilizada, a declarada intenção de redefinir o conceito e reajustar mentalidades.<sup>116</sup>” Não

---

<sup>112</sup> “Entendeu-se que expressões como «autoridade dos pais» ou «direitos e deveres dos pais» dificilmente podiam substituir a expressão poder paternal em figuras como a regulação do poder paternal ou a inibição. É certo que tudo isto podia ser alterado, mas julgou-se que as vantagens proporcionadas pela conservação terminológica se sobrepujam às susceptibilidades porventura existentes.” Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *Efeitos da Filiação*, in *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 145. Não se pense, todavia, que foi assim apenas em Portugal. O mesmo sucedeu, por exemplo, na Bélgica, conservando-se a expressão *puissance paternelle* mesmo depois de efetuadas substanciais alterações ao seu conteúdo. Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, p. 48.

<sup>113</sup> Sob os auspícios da Comissão sobre Direito da Família Europeu e em consonância com a Recomendação n.º R (84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de fevereiro de 1984, com a Convenção sobre os Direitos da Criança (art.ºs 18.º, n.º 1 e 27.º, n.º 2) e com a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança (art.ºs 1.º, n.º 3, 2.º, al. b), 4.º, n.º 1 e 6.º, al. a)), os direitos italiano, francês, austríaco, inglês e alemão experimentaram também a referida alteração da denominação. Assim, em Itália, modificou-se a expressão *patria potesta* em *potestà dei genitori*; em França, o termo *puissance paternelle* cede perante a expressão *autorité parentale*; no direito austríaco, a antiga expressão é substituída por *elterliche Rechte und Pflichten*; no direito inglês, o *Children Act* de 1989 fala agora, em lugar dos *parental duties and rights*, de *parental responsibility* e, na Alemanha, a designação *elterlich Gewalt* é substituída pela locução *elterliche Sorge*.

<sup>114</sup> A locução “responsabilidades parentais” é defendida por Teresa Beleza, explicando a Autora que “a expressão «poder paternal» foi precluída, justamente dado o seu carácter de expressiva condensação de uma ideologia patriarcal (...).” Cfr. MARIA TERESA COUCEIRO PIZARRO BELEZA, “Igualdade de género, responsabilidades parentais e «superior interesse da criança»”, p. 3, disponível in <http://www.apmj.pt> [consultado em 12/07/2015]. Propondo de igual sorte o acolhimento da expressão “responsabilidades parentais”, vide, entre outros, ANTÓNIO H. L. FARINHA, “Relação entre mediação familiar e os processos judiciais”, *Infância e Juventude*, n.º 2, 1999, pp. 69-99. Para DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., rev. e actual., Almedina, Coimbra, 2010, p. 370, “parece, hoje, preferível, a expressão poder «parental», para reflectir o seu exercício pelo pai e pela mãe.” Rosa Martins e Maria Clara Sottomayor rejeitam a expressão tradicional por considerarem que a ideia contida na nomenclatura “poder paternal” desqualifica o princípio geral da igualdade jurídica entre pai e mãe. Neste sentido, não reconhecem verdade nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, que sustentam que a expressão “paternal” é usada “no seu sentido genérico, mais lato, como derivado, não de *pater* no singular, mas de *patres*, no sentido colegial de pai e mãe” (cfr. F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 331). As Autoras manifestam, no entanto, uma preferência pela expressão “cuidado parental”, acolhendo a crítica de que para além de responsabilidades, os pais têm também um dever de exigência em relação ao filho. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 225-227 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal (relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens)*, 2.ª ed., Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, p. 22. Aceitando o facto evidente de que a expressão “poder paternal” já não se ajusta à realidade social e jurídica, MARIA MANUELA BAPTISTA-LOPES e ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, “Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos”, *Infância e Juventude*, n.º especial, 1991, p. 242, deixam à reflexão a designação de “direitos parentais”. De resto, já ao tempo do Código de Seabra, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, p. 349, propunha a substituição do termo “poder paternal” por “autoridade parental”.

<sup>115</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, pp. 22-23, escreve que a linguagem é um instrumento de mudança.

<sup>116</sup> SANDRA PEREIRA DE ALMEIDA, “O Novo Conceito de Poder Paternal: As Responsabilidades Parentais”, *NewsLexTer - Reflexões sobre temas da atualidade*, disponível in

se trata, por isso, de uma mera formulação linguística, mas de um conceito que se pretende que tenha um conteúdo diferente<sup>117</sup>.

A conceção jurídica sobre o outrora poder paternal conheceu uma longa evolução até ao estágio em que hoje a conhecemos.

Bem sabemos que longe vão os tempos da *patria potestas*<sup>118</sup> do direito romano e da *munt*<sup>119</sup> do direito germânico, pois que o poder paternal deixou de ser o pilar da família sob um aspeto autoritário. Não mais se concebe como o “poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido na completa sujeição do filho aos seus desígnios”<sup>120</sup> e não mais se insiste na qualidade de chefe de família do marido e pai.

Vinga assim, numa opção relativamente consensual no mundo ocidental contemporâneo, uma conceção filiocêntrica do designado poder paternal, na medida em que o fulcro se desloca dos pais para o interesse e proveito dos filhos.

Neste sentido, pode ler-se na exposição de motivos da Recomendação n.º R (84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais (§ 3.º e 6.º)<sup>121</sup> que o objetivo é convidar as legislações nacionais a considerar os menores de dezoito anos como sujeitos de direitos juridicamente reconhecidos, exercendo os progenitores um acervo de poderes-deveres no interesse do filho e não em virtude de uma autoridade que lhes seria conferida no seu próprio interesse<sup>122</sup>.

---

[http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Fevereiro/Newsletter\\_EMS\\_Clientes\\_Privados.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Fevereiro/Newsletter_EMS_Clientes_Privados.pdf)  
[consultado em 12/07/2015].

<sup>117</sup> Neste sentido, SANDRA PASSINHAS, “Avaliação crítica da Lei n.º 61/2008 – novos rumos do Direito da Família”, [Registo vídeo], Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, organizada pelo CEJ, 1 de março de 2013, disponível in <http://www.justicativ.com> [consultado em 12/07/2015].

<sup>118</sup> A *patria potestas* pertencia ao *paterfamilias* e caracterizava-se por ser um poder absoluto, rígido e duradouro. A família era livre de um vínculo de parentesco consanguíneo, definindo-se como o conjunto de pessoas que estavam sujeitas à *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. Eram elas os filhos menores, os filhos maiores, a mulher *in manu*, as mulheres *in manu* dos descendentes por linha masculina, os adotados e os escravos. O *pater* era proprietário dos filhos e decidia sobre a sua vida, a sua morte e o seu património. A *patria potestas* não se extinguía com a maioridade do filho, antes subsistindo enquanto o *paterfamilias* fosse vivo, a não ser que este abdicasse do poder sobre o filho pelo ato da *emancipatio*. Para uma mais desenvolvida explicação, vide A. DOS SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV. Direito da Família*, in *Studia Iuridica* 93, 2008, pp. 16 e ss. e 168 e ss.

<sup>119</sup> A *munt* começou por ser uma atenuação da severidade própria da *patria potestas*. É verdade que o filho continuava sujeito a um poder do pai, mas agora temporariamente, porquanto esse poder apenas se mantinha enquanto o filho fosse parte integrante do lar paterno. À natureza limitada do poder do pai acrescia uma nota de proteção pessoal e patrimonial do filho, “quer dizer, a relação entre pais e filhos, sendo de sujeição, era também de proteção destes.” Cfr. EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 510. O conceito, porém, foi evoluindo regressivamente, retomando a conceção autoritária típica do direito romano. Entre nós, só por ocasião do Código de Seabra este poder do pai passa a ser estabelecido no interesse e proveito do filho.

<sup>120</sup> Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 225.

<sup>121</sup> Disponível in <http://www.coe.int>.

<sup>122</sup> Corroborando este entendimento, MICHAEL D. A. FREEMAN, *The Moral Status of Children. Essays on The rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Cambridge, 1997, p. 180, defende que “to exercise

A consequência imediata da evolução do instituto projeta-se em dois sentidos paralelos: de poder do *pater familias* sobre os filhos passou a função exercida no interesse destes; de poder exclusivo do pai passou a direção conjunta do pai e da mãe, em condições de plena igualdade. Por conseguinte, acentuou-se a paridade de direitos e a corresponsabilidade de deveres entre pais e filhos.

Hoje, no modelo da família de feição igualitária, participativa e democrática, pressuposto pela nossa Constituição e pelo nosso Código Civil<sup>123</sup>, “a autoridade justa e estável dos pais é fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e participação entre todos os membros do agregado.”<sup>124</sup>

Em suma, “a abolição do poder marital, da posição do marido como chefe de família e como representante dos filhos menores e das incapacidades da mulher casada significou o triunfo da afetividade e dos laços emocionais em relação à criança sobre a relação de poder entre o pai e os filhos.”<sup>125</sup>

## 2) Conceito de responsabilidades parentais

No âmbito do Código Civil, as responsabilidades parentais surgem como efeito da relação jurídico-familiar de filiação (art.ºs 1874.º e 1877.º)<sup>126</sup>. Apresentam-se como um meio de suprimento da incapacidade de agir de que os sujeitos menores de idade estão feridos e configuram-se como um conjunto de poderes-deveres funcionais<sup>127</sup> legalmente

---

*parental responsibility is to put the interests and welfare of children or future children above one's own needs, desires or well-being.”*

<sup>123</sup> Os princípios constitucionais de direito da família plasmados na Constituição da República Portuguesa de 1976 ditaram a necessidade de alteração da lei civil, e eis que a Reforma de 1977 é orientada por uma nova concepção de família. Da preponderância conjugal e familiar do chefe masculino evoluiu-se para a família igualitária e democrática, assente na solidariedade, respeito e auxílio mútuos (art.º 1874.º). Esta inovação pretendeu “alterar concepções seculares que só impunham aos filhos o dever de respeitar os pais – e nunca afirmavam que o dever de respeito é mútuo.” Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Protecção de menores...” *op. cit.*, p. 272.

<sup>124</sup> Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *Efeitos da filiação...* *op. cit.*, p. 140. A ideia de deveres mútuos entre pais e filhos informa também outros direitos europeus. Vide, por exemplo, o art.º 272.º do Cód. Civ. suíço.

<sup>125</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.ª ed. rev. aument. e actual., Almedina, 2008, p. 24.

<sup>126</sup> O estabelecimento da maternidade e da paternidade é condição necessária, porque ninguém é titular das responsabilidades parentais se a sua qualidade de mãe ou de pai não estiver estabelecida (art.ºs 1901.º, n.º 1, 1910.º e 1911.º, n.º 1), mas não é condição suficiente, pois pode haver mães e pais, com a sua qualidade estabelecida, que não são titulares das responsabilidades parentais.

<sup>127</sup> O significado do debate entre direito subjetivo e poder funcional a que se reconduz a natureza jurídica das responsabilidades parentais suscita hoje controvérsia e é maioritária, mas não unanimemente, aceite o seu carácter funcional. Sumariando, sem nos envolvermos na polémica, as posições correntes na doutrina, contamos, de entre os autores que aderem à natureza de poder funcional, com LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II...* *op. cit.*, p. 347 ORLANDO DE

cometidos aos pais para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que os filhos são titulares (art.º 1878.º).

Do carácter funcional das responsabilidades parentais resulta que o exercício dos direitos e deveres que as definem (responsabilidade de guarda, de educação, de representação, de administração de bens, de convívio e de relacionamento pessoal e de vigilância educativa<sup>128</sup>) está vinculado ao interesse do filho (art.º 1878.º, n.º 1)<sup>129</sup>, não podendo tais faculdades ser exercidas se e quando o seu titular quiser e como queira, mas antes do modo exigido pela função do direito, *i. e.*, na medida em que o interesse do filho

---

CARVALHO, *Teoria Geral...op. cit.*, pp. 77-78, MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal...op. cit.*, pp. 41 e 47, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 232 (nota 256), H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral... op. cit.*, pp. 255-257 e F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 42. Outros autores há que caracterizam o instituto como uma “situação jurídica complexa” (cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito da Família... op. cit.*, pp. 238-240) e outros que o perspetivam como um direito subjetivo (cfr. MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *Curso de Direito da Família* [Apontamentos das lições proferidas pelo Sr. Prof. Doutor Gomes da Silva no ano lectivo de 1960-61, coligidas pelos alunos Jorge Liz e Vasconcelos Abreu], AAFDL, Lisboa, 1960, p. 330 e MARIA MANUELA BAPTISTA-LOPES e ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, “Aspectos da relação...” *op. cit.*, p. 232). Na tentativa de conciliar o aspeto funcional e o aspeto pessoal que o instituto assume, respetivamente, em relação ao interesse e pessoa do filho, F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, pp. 331-332 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, pp. 23-24 inclinam-se para a expressão “direitos-deveres”. Jorge Miranda, aderindo à tese de ANGELO CARLO PELOSI, *La patria potestà*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 85, defende a repartição entre aspeto interno e aspeto externo, reconduzindo o primeiro à categoria de direito subjetivo e reconhecendo ao segundo o carácter de poder funcional. O Autor, pese embora ressalve que os poderes e deveres em que se analisa o instituto participam dos mesmos fins, titulares e destinatários, não vê “por que daqui haja de decorrer a subordinação a um idêntico enquadramento, a adesão a uma única natureza.” Cfr. JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXII, 1990, pp. 36-38. Na exposição de Armando Leandro, o instituto “tem natureza diferente consosante é visto face ao Estado e a terceiros ou nas relações pai-filho. Em relação ao Estado e a terceiros, o poder paternal é atribuído aos progenitores como um direito fundamental originário (...). Mas em relação ao filho, o poder paternal é um conjunto de poderes-deveres, um poder funcional (...).” Cfr. ARMANDO G. LEANDRO, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 120-121. Rosa Martins sugere que à instituição se reconheça a natureza de poder funcional quando observada na perspetiva da relação pais-filhos e a natureza de direito subjetivo quando observada na perspetiva da relação com terceiros. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 191 (nota 427). Note-se que as referências bibliográficas de que nos servimos para a redação deste apontamento são todas elas anteriores às alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Já no contexto do quadro legal em vigor depois dessas alterações, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89, t. I, 2013, p. 125, refere-se às responsabilidades parentais como um “poder funcional”, um “poder-dever”. No mesmo contexto, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 273, escreve que as responsabilidades parentais devem ser qualificadas como um “instituto complexo”.

<sup>128</sup> Cfr. a definição apresentada pelo Princípio 1.º do Anexo à Recomendação n.º R (84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais.

<sup>129</sup> No entanto, a consideração do interesse do menor como fito primordial do exercício das responsabilidades parentais não anula o interesse dos pais, consubstanciando-se também no *telos* da realização da sua personalidade. Com esta opinião, *vide* F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, p. 331, ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 191 (nota 428) e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício... op. cit.*, p. 21.

o exigir<sup>130</sup>. A funcionalização do exercício das responsabilidades parentais ao interesse do filho justifica que estas sejam irrenunciáveis (art.º 1882.º)<sup>131</sup>, intransmissíveis (*inter vivos* e *mortis causa*) e sujeitas a um controlo objetivo<sup>132</sup>.

Em virtude dos termos em que atualmente se compreendem, as responsabilidades parentais são uma missão temporária e evolutiva. Temporária, entenda-se, porque a sua duração corresponde a um estado de dependência existencial do filho findo o qual se extinguem. Dito de outro modo, a sua duração mantém-se enquanto se mantém a menoridade do filho<sup>133</sup>. Uma vez atingido o grau de desenvolvimento das suas faculdades

---

<sup>130</sup> As responsabilidades parentais não são “um conjunto de faculdades de conteúdo egoísta e de exercício livre, ao arbítrio dos respectivos titulares, mas um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que tem que ser exercido de forma vinculada, de harmonia com a função do direito, consubstanciada no objectivo primacial de protecção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral.” Cfr. ARMANDO G. LEANDRO, “Poder paternal...” *op. cit.*, p. 119.

<sup>131</sup> Os progenitores não podem demitir-se das obrigações que a lei lhes impõe. Contudo, a regra da irrenunciabilidade das responsabilidades parentais é derogada no caso particular do consentimento para a adoção (art.º 1981.º, n.º 1 c)). Perante esta ressalva, Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira duvidam do teor do art.º 1882.º, que afirma ser a parentalidade irrenunciável. Cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª ed. actual., AAFDL, Lisboa, 2011, pp. 201-202.

<sup>132</sup> Os pais são os que primeiramente resultam encarregados de efetivar o interesse do menor, que deste modo surge como critério-guia impositivo na exigência e no exercício das responsabilidades parentais. Com efeito, o critério legal do superior interesse do menor apresenta a virtualidade de constituir um incentivo para cada um dos pais cuidar efetivamente dos filhos. Na visão problemática que a nossa investigação encerra, quando em causa estejam conflitos com interesses de terceiros (e pensamos, concretamente, nos progenitores) o superior interesse da criança impõe-se enquanto critério de controlo do exercício de direitos por parte daqueles, em concreto, do exercício das responsabilidades parentais, mas também, paralelamente, enquanto critério juridicamente atuante que define e fundamenta a decisão do tribunal chamado a harmonizar os interesses em conflito. O constante apelo ao interesse do menor justifica-se objetivamente pelo seu especial estado (transitório) de vulnerabilidade e de incapacidade e pela necessidade do ordenamento jurídico reconhecer gradualmente a sua adaptabilidade, num processo de maturação e autonomia progressivas a caminho da maioridade, aos diferentes estádios do seu desenvolvimento e formação de personalidade enquanto ser humano cuja essência assenta no dever. O estudo do tema do superior interesse do menor, no entanto, excede manifestamente o âmbito deste trabalho.

<sup>133</sup> Contudo, factos jurídicos como a morte de ambos os pais ou do filho, a emancipação deste e a sua adoção podem ditar a extinção prematura das responsabilidades parentais. Todavia, duas observações se impõem: uma, para dar nota de que se a extinção ocorre por morte do filho, autores há que sustentam a permanência do poder-dever dos pais proverem aos assuntos relativos ao óbito (*vide*, por todos, ROSA MARTINS, *Menoridade...* *op. cit.*, p. 179 [nota 406]); outra, para esclarecer que só a adoção plena opera a extinção das responsabilidades parentais, uma vez que, conforme dispõe o n.º 1 do art.º 1986.º, “o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais (...)”. Da mesma forma, a duração das responsabilidades parentais pode prolongar-se até depois da maioridade, na hipótese de o filho, não obstante já ter atingido a maioridade ou ser emancipado, não haver ainda completado a sua formação profissional (art.º 1880.º). Na jurisprudência dos nossos tribunais, o Supremo Tribunal de Justiça esclarece que “a obrigação excepcional prevista neste normativo [art.º 1880.º] tem um carácter temporário, balizado pelo «tempo necessário» ao completar da formação profissional do filho, e obedece a um critério de razoabilidade – é necessário que, nas concretas circunstâncias do caso, seja justo e sensato exigir dos pais a continuação da contribuição a favor do filho agora de maioridade.” Cfr. o Ac. do STJ de 08/04/2008 (proc. n.º 08A493), disponível in <http://www.dgsi.pt>. Podemos ilustrar esta doutrina com o exemplo de que em Portugal é a partir dos dezassete ou dezoito anos de idade que tem lugar o ingresso na universidade, de tal modo que a formação superior decorre sendo os estudantes maiores de idade e, nas mais das vezes, sem recursos económicos próprios. Fora das nossas fronteiras, em sentido coincidente, *vide* PIETRO RESCIGNO, “I minori...” *op. cit.*, p. 282.

físicas, intelectuais, volitivas, emocionais e sociais cessam as responsabilidades parentais<sup>134</sup>. Evolutiva porque a situação de dependência do menor em relação aos titulares das responsabilidades parentais é regressiva, na medida em que se dilui gradualmente de acordo com o desenvolvimento da capacidade daquele para autogovernar a sua pessoa e os seus bens.

### 3) Conteúdo das responsabilidades parentais

Na ordem jurídica portuguesa, o preceito que inaugura a matéria do conteúdo das responsabilidades parentais é o art.º 1878.º, nos termos do qual “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.”

Na sistemática da lei civil, o estudo do conteúdo das responsabilidades parentais pressupõe a sua repartição em “Responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos” (art.ºs 1885.º a 1887.º - A) e “Responsabilidades parentais relativamente aos bens dos filhos” (art.ºs 1888.º a 1900.º)<sup>135</sup>. Apesar de reunir opinião maioritária<sup>136</sup>, tal divisão não deixa de ser isenta de críticas<sup>137</sup>. É uma questão, porém, que não trataremos.

No contexto da conceção que enforma o conceito de responsabilidades parentais, faz-se *mister* clarificar quais os poderes-deveres que integram a noção, conscientes que estamos, contudo, da impossibilidade de os elencar taxativamente, atentas as infinitas variações da realidade em função das concretas necessidades do filho<sup>138</sup>. Neste particular,

---

<sup>134</sup> Cfr., neste sentido, ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 178. Advertimos, todavia, para a circunstância de a extinção das responsabilidades parentais não ditar o fim da relação de filiação, antes esta se transformando. Na feliz formulação de GÉRARD CORNU, *Droit Civil. La famille*, 7.ª ed., Montchrestien, Paris, 1984, p. 134, aqui traduzida, “o direito das relações entre pais e filhos não é apenas um direito da menoridade: não se apaga com o atingir da maioridade; transforma-se com a idade, mas permanece até ao momento da morte e mesmo depois. Os pais serão sempre pais, os filhos serão sempre filhos.”

<sup>135</sup> Este dualismo é uma construção do direito germânico. Com efeito, o § 1626 (2) do BGB distingue entre o cuidado com a pessoa do filho (*Sorge Fur Die Person*) e o cuidado com o seu património (*Sorge Fur Das Vermogen*).

<sup>136</sup> Por todos, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 194 (notas 434 e 435).

<sup>137</sup> Não obstante acolhida pela generalidade da doutrina nacional e estrangeira, a divisão do conteúdo das responsabilidades parentais num aspeto pessoal e num aspeto patrimonial é alvo de críticas. Sobre os reparos que merece, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 195-196. Angelo Pelosi, por exemplo, alerta para a dificuldade da distinção entre aspeto pessoal e aspeto patrimonial, tendo em conta que um ato de natureza pessoal pode influir num ato de natureza patrimonial. Cfr. ANGELO CARLO PELOSI, *La patria potestà... op. cit.*, pp. 65 e ss. Jorge Miranda, seguindo a exposição do Autor italiano, acrescenta que as responsabilidades parentais na sua globalidade podem assumir um valor pecuniário e, acolhendo a terminologia empregue por Angelo Pelosi, prefere falar em aspeto interno e aspeto externo. Cfr. JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal”... *op. cit.*, pp. 30-31. A propósito da qualificação que o Autor faz de cada um dos aspetos, vide *supra* nota 127.

<sup>138</sup> Foi este, de resto, o argumento deduzido pela *English Law Comission* contra o acolhimento de um elenco taxativo de todos os poderes-deveres compreendidos na noção. Pela razão aduzida no texto, o art.º 1878.º

dedicaremos agora os nossos considerandos à bissetriz distintiva entre o poder-dever de representação e o poder-dever de administração.

Uma primeira palavra se impõe para esclarecer que, em nossa opinião, o poder-dever de representação é transversal ao instituto das responsabilidades parentais, quer dizer, é comum à sua esfera pessoal e patrimonial<sup>139</sup>. De facto, a atuação representativa dos pais estende-se a todo o tipo de atos e negócios jurídicos realizados em nome, no interesse e em vez do menor incapaz, não só no âmbito patrimonial mas também pessoal. Já no que tange ao poder-dever de administração, dúvidas não há quanto à sua inserção no domínio das responsabilidades parentais relativamente aos bens dos filhos (art.º 1888.º e ss.)<sup>140</sup>.

Embora representação legal e administração de bens se localizem em subsecções diferentes do Código Civil, a lei parece confundir um e outro poder-dever quando nos termos do n.º 1 do art.º 1881.º exclui do poder de representação o exercício dos “actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais.” Carvalho Fernandes<sup>141</sup> esclarece, no entanto, que “quando agem no exercício de outros poderes – por exemplo, o de administrar os bens dos filhos – é como representantes que os pais actuam.”

Confrontada com a mesma confusão legislativa<sup>142</sup>, a doutrina espanhola<sup>143</sup> explica-a igualmente pelo facto de no âmbito da gestão dos interesses pessoais e

---

não deve ser interpretado como uma definição completa do conteúdo das responsabilidades parentais, do preceito apenas se retirando “linhas de força”, nas palavras de MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, “Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar”, *Revista do Ministério Público*, ano 3, vol. 10, 1982, p. 196, orientadoras desse conteúdo. Cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 193.

<sup>139</sup> Em sentido coincidente, *vide*, entre nós, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 233, EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família... op. cit.*, p. 516 e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral... op. cit.*, p. 140. Na doutrina espanhola, *vide*, entre outros, REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, p. 26 e ANTONIO URIBE SORRIBES, “*La representación de los hijos*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, Madrid, 1983, p. 244. Defendendo, ao invés, a inserção do poder-dever de representação apenas no plano patrimonial do conteúdo das responsabilidades parentais, *vide* F. M. PEREIRA COELHO, “*La protection de l’enfant (Journées Egyptiennes – Rapport portugais)*”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXX, 1979, Economia, Paris, 1981, p. 110 e ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, pp. 213-214. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 275, situa o poder de representação no campo patrimonial do exercício das responsabilidades parentais, mas esclarece que “em boa verdade, o poder de representação respeita também a matérias de natureza não patrimonial da vida do menor.”

<sup>140</sup> A confirmá-lo, de resto, está a inserção sistemática do artigo numa subsecção cuja epígrafe é “Responsabilidades parentais relativamente aos bens dos filhos”.

<sup>141</sup> Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 276.

<sup>142</sup> Cfr. o art.º 162.º, n.º 3 do Cód. Civ. espanhol.

<sup>143</sup> Cfr. REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, pp. 27-28. BERNARDO MORENO QUESADA, “*Los supuestos de la administración legal en el Código Civil*”, in *Estudios de Derecho público y privado en homenaje a Ignacio Serrano I*, Valladolid, 1966, p. 691, justifica a opção legislativa espanhola, entendendo “*que la administración legal es una consecuencia de la representación legal de los menores.*”

patrimoniais do menor, em que radica a atuação representativa, a gestão do património, coincidente com a sua administração em sentido amplo, ocupar um lugar de destaque. Na verdade, são vários os autores que sustentam a tese de que “*el representante legal ostenta, generalmente, poderes indeterminados de administración sobre el patrimonio del representado.*”<sup>144</sup>

Assim desfeita a incongruência legal assinalada, pensamos que a orientação a seguir deverá ser a de que a administração se refere à esfera estritamente patrimonial, ao passo que a representação legal se estende também à esfera pessoal. Com efeito, o poder-dever de representação não se identifica com a administração do património do filho, pois que, pela nossa parte, o exercício de um tal poder também se cumpre relativamente à sua pessoa.

#### 4) Titularidade e exercício das responsabilidades parentais

Afirmar que as responsabilidades parentais são consequência da filiação juridicamente estabelecida é afirmar que a sua titularidade ativa é encabeçada por quem seja legalmente reconhecido como pai e mãe (art.ºs 1796.º e ss.). Os pais são os titulares das responsabilidades parentais, apenas deixando de o ser por morte ou se o filho for adotado<sup>145</sup>. A titularidade passiva, essa, pertence aos filhos menores não emancipados, aos nascituros<sup>146</sup> e aos filhos maiores interditos quando a tutela é deferida a algum dos progenitores<sup>147</sup>.

Quer a titularidade das responsabilidades parentais quer, em princípio, o seu exercício cabem a ambos os progenitores, em condições de plena igualdade<sup>148</sup>. Na

---

<sup>144</sup> Cfr. MIGUEL GONZÁLEZ, *Voz: “Representación legal”*, in *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Madrid, 1995, p. 5828. Assumindo a mesma orientação, vide JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, p. 20 e REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, pp. 23 e 28. A Autora explica que “*la función del padre como administrador del patrimonio consiste en cuidar de él y tomar las decisiones más convenientes para conservarlo y sacarle el máximo rendimiento, pero empieza como representante en el momento en que realiza tratos con los terceros (...)*”

<sup>145</sup> A condição natural de pais justifica a titularidade ativa das responsabilidades parentais, sendo que esta qualidade só se transfere por efeito da adoção plena, pois relativamente à adoção restrita o art.º 1997.º considera que “*cabe exclusivamente ao adoptante (...)* o exercício do poder paternal, com todos os direitos e obrigações dos pais (...).” Sublinhado nosso.

<sup>146</sup> Em bom rigor, o art.º 1878.º, ao dispor sobre o conteúdo das responsabilidades parentais, preceitua que compete aos pais representar os filhos, ainda que nascituros. É, porém, controversa a questão de saber o momento a partir do qual se iniciam as responsabilidades parentais. Para uma enunciação das correntes doutrinárias sobre o assunto, vide ROSA MARTINS, *Menoridade... op. cit.*, p. 180 (nota 408).

<sup>147</sup> Nos termos do art.º 144.º, sendo a tutela deferida ao pai ou à mãe, estes exercem as responsabilidades parentais conforme se dispõe nos art.ºs 1878.º e ss.

<sup>148</sup> Sobre a evolução legal e jurisprudencial da igualdade entre pai e mãe, vide HELENA GOMES DE MELO *et al*, *Poder Paternal... op. cit.*, pp. 27 e ss.



normalidade das coisas, quem é titular das responsabilidades parentais também as exerce. Não obstante, impõe-se saber se as responsabilidades parentais devem sempre ser exercidas por ambos os pais ou se situações há em que a lei permite que sejam exercidas por apenas um deles. Destarte, a questão sobre a qual nos debruçaremos de seguida está em esclarecer como se processa a intervenção de cada um dos progenitores no exercício dos concretos poderes-deveres de que são titulares no interesse dos filhos.

Na constância do casamento ou de situação materialmente análoga<sup>149</sup>, as responsabilidades parentais pertencem aos dois progenitores e por ambos são exercidas em igualdade de circunstâncias<sup>150</sup>, sem prejuízo do disposto no art.º 1902.º, n.º 1. Deste preceito resulta uma exceção à regra geral da igual participação de ambos os pais no exercício das responsabilidades parentais, admitindo o legislador o seu exercício por apenas um deles, quando a lei não exija expressamente a concordância de ambos os progenitores ou quando em causa não esteja uma “questão (ou um ato<sup>151</sup>) de particular importância”<sup>152</sup>. Esta opção representa a permissão legal para o exercício individual e

---

<sup>149</sup> A relação de união de facto é a que mais releva, devendo os pais “unidos de facto” ser responsabilizados nos mesmos termos e condições em que respondem os pais unidos pelo casamento.

<sup>150</sup> A consagração legal desta regra encontra-se no art.º 1901.º, n.ºs 1 e 2.

<sup>151</sup> Uma e outra expressão são empregues pela lei com alguma sinonímia, pelo que também nós nos sentimos autorizados a utilizá-las no texto com equivalência.

<sup>152</sup> F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, p. 342, explicam que “sobre a questão de saber se, e em que termos, a substituição da antiga concepção hierarquizada do poder paternal pelo princípio paritário da relação conjugal (e, consequentemente, do poder paternal) conduz à necessidade de intervenção conjunta ou simultânea de ambos os pais no exercício dos direitos ou no cumprimento das obrigações do filho, ou se contenta com a possibilidade da intervenção disjunta de qualquer deles, é o art. 1902.º que a soluciona (...). Mas resolve-a (...) através de um critério – actos de particular importância ou actos sem particular importância – extremamente vago e impreciso.” De resto, o conceito em análise é criticado pela sua indeterminação e ambiguidade. Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, p. 154 e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *Efeitos da filiação... op. cit.*, p. 156. O Autor considera preferível a solução consagrada no art.º 304.º do Cód. Civ. suíço, segundo a qual cada um dos pais é competente para a realização de todo e qualquer ato, quando o terceiro que com ele contrate desconheça a oposição do outro progenitor. Diferentemente, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, p. 515, é de opinião que “a solução do art. 1902.º, n.º 1, exigindo o consentimento de ambos os pais em relação aos actos de particular importância, é a mais conforme à ideia de exercício comum do poder paternal e à protecção do interesse do menor.” Na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, remete-se a concretização do conceito indeterminado “atos de particular importância” à jurisprudência e à doutrina, esperando que tais atos se resumam a “questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças.” F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, pp. 393-394, na sua quota-parte de responsabilidade pelo preenchimento do conceito, consideram que “a particular importância do acto deve medir-se pelas suas qualidades objectivas, tendo em conta a pessoa ou o pecúlio do menor e não apenas o relevo subjectivo que lhe atribua qualquer dos progenitores.” Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, p. 23, “«as questões de particular importância» (...) serão sempre acontecimentos raros. Os dois progenitores, assim, apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões.” Pense-se, por exemplo, na hipótese de saída de um menor do território nacional. Nesta matéria, o art.º 23.º do Dec. Lei n.º 138/2006, de 26 de julho (que aprovou a Lei dos Passaportes) declara que a saída de menores nacionais através de uma fronteira externa, quando

indistinto das responsabilidades parentais em relação aos “actos da vida corrente”<sup>153</sup>, fundado na presunção do consentimento<sup>154</sup> do outro progenitor que, apesar de excluído do seu exercício, delas não fica privado, conservando, portanto, a sua titularidade<sup>155</sup>.

As responsabilidades parentais são outrossim exercidas em exclusivo por um dos progenitores quando um deles não as puder exercer por ausência<sup>156</sup>, incapacidade<sup>157</sup> ou

---

não viajem acompanhados por nenhum dos progenitores, só é possível mediante autorização constante de documento escrito, datado e assinado por quem exerça as responsabilidades parentais. Não havendo, porém, qualquer enumeração legislativa do que sejam “questões de particular importância” *vide*, na doutrina, para exemplos concretos, MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, pp. 162-163, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício... op. cit.*, p. 185, HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 175-176, TOMÉ D’ALMEIDA RAMILÃO, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Actual*, 2.<sup>a</sup> ed., Quid Juris, 2011, pp. 158-159, HELENA GOMES DE MELO *et al*, *Poder Paternal... op. cit.*, p. 146, HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 100 e ss., ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades Parentais*, 2.<sup>a</sup> ed., Quid Juris, 2009, pp. 22-23 e ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, “O papel e a intervenção da escola em situações de conflito parental”, *Revista On-Line Verbo Jurídico*, 2012, pp. 11 e ss. Na jurisprudência, cfr. os Ac.s do TRC de 18/10/2011 (proc. n.º 626/09.7TMCBR.C1), do TRE de 19/06/2008 (proc. n.º 1469/08-2) e do TRP de 29/11/2006 (proc. n.º 0636408), disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>153</sup> Também considerados atos de normal importância ou atos usuais relativos à pessoa e ao património da criança. Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, p. 161 e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, p. 513. Perante a ausência de uma qualquer definição legal, alguns autores franceses e espanhóis apreciam o carácter usual do ato em função da sua relação com o perfil normal da vida de uma criança e da frequência temporal da sua realização para concluírem tratar-se de atos que integram a vida quotidiana das famílias. *Vide*, por todos, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, pp. 516-518 e HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância... op. cit.*, p. 95. Entre nós, para além do legislador não fazer uso desta expressão (ao invés da opção assumida nos art.ºs 156.º, n.º 1 do Cód. Civ. espanhol e 373.º, n.º 2 do *Code Civil*), é escassa a interpretação jurídica acerca do que significa. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, pp. 161-162, porventura influenciada pela doutrina francesa, concretiza o conteúdo da noção nos seguintes termos: “A «normalidade» de um acto pode aferir-se em face de um duplo critério: o da frequência com que o acto é praticado na vida de um determinado menor e a correspondência com o perfil corrente da vida do mesmo menor. Assim, um acto podia ser considerado «normal», em relação a certo menor, por se repetir de tempos a tempos e por não destoar do conjunto habitual dos actos que integram o exercício do poder paternal que se exerce em relação a ele, e ser considerado «particular» em relação a outro menor.” São exemplos, para a Autora, os pedidos de bilhete de identidade, de passaporte, de certidões ou de diplomas, a inscrição num estabelecimento de ensino (público ou privado), os cuidados médicos de rotina ou obrigatórios (*v.g.*, a vacinação obrigatória). Outros exemplos podem ver-se em ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades Parentais*, *op. cit.*, p. 87. Temos ainda conhecimento de um Parecer da Procuradoria-Geral da República que classifica como ato usual o pedido de passaporte a favor do menor. Cfr. o Parecer n.º 131/76, de 18 de novembro de 1976, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 269, pp. 24-38.

<sup>154</sup> Na doutrina espanhola, discute-se a natureza do consentimento prestado por um dos progenitores para evitar que, de forma indireta, renuncie à titularidade das responsabilidades parentais. Neste sentido, JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, “Comentario al art. 156 Cc.”, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia I, Madrid, 1993, p. 550, escreve que “*es más que dudoso el consentimiento com carácter general. Así, un padre que conceda un consentimiento general al outro, para el ejercicio de todas las facultades inherentes a la patria potestad, parece que está, al menos, de hecho, renunciado al ejercicio de la misma, lo que la doctrina no solía aceptar.*”

<sup>155</sup> Cfr. ANTONIO URIBE SORRIBES, “*La representación...*” *op. cit.*, p. 247.

<sup>156</sup> Caracterizada pela falta de contacto com o domicílio legal.

<sup>157</sup> Acidental ou derivada, por exemplo, de uma qualquer causa de anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira ou prodigalidade.

outro impedimento (art.º 1903.<sup>o158</sup>)<sup>159</sup>, por morte de um deles (art.º 1904.<sup>o160</sup>)<sup>161</sup>, quando um dos pais esteja inibido do seu exercício (art.ºs 1913.º e ss.) ou na hipótese de filiação

---

<sup>158</sup> Em matéria de exercício das responsabilidades parentais, o trabalho aqui exposto não pode alhear-se do Projeto de Lei n.º 607/XII/3.<sup>a</sup> que visa a alteração do Código Civil, “promovendo o alargamento do regime de exercício das responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor”. Reproduzindo o que na exposição de motivos se lê, “a presente iniciativa legislativa visa dar expressão legal às situações de facto que garantem ao menor a estabilidade de uma tutela efetiva, que deverá manter-se mesmo nos casos em que falte o segundo progenitor.” Com efeito, a proposta pretende alterar o art.º 1903.º que, sob a epígrafe “Impedimento de um dos pais”, especifica o cônjuge como “alguém de família” e adita a pessoa que com o segundo progenitor impedido viva em união de facto ao elenco das individualidades a quem poderá caber o exercício das responsabilidades parentais. Na redação do Projeto de Lei, “quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor ou, no impedimento deste, *ao seu cônjuge ou com quem viva em união de facto* ou alguém da família de qualquer dos pais, desde que haja um acordo prévio e com validação legal.” Todavia, o alargamento subjetivo ao cônjuge, proposto pelo novo texto da norma em apreço, parece ser redundante, porquanto este, sendo juridicamente família (art.º 1576.º), já se encontra previsto pela segunda parte do preceito. Subscrevendo, no entanto, a alteração proposta, *vide* o Parecer da Ordem dos Advogados de 7 de julho de 2014, disponível *in* <http://www.oa.pt>. Em sentido contrário, o Conselho Superior da Magistratura considera que a alteração gizada para o art.º 1903.º “não parece trazer qualquer vantagem”. Cfr. o Parecer do Conselho Superior da Magistratura de 7 de julho de 2014, disponível *in* <http://www.parlamento.pt>. Apreciando outrossim a formulação avançada pelo Projeto de Lei em comento, o Conselho Superior do Ministério Público não vislumbra “razão para circunscrever tal possibilidade ao cônjuge ou companheiro do progenitor em último impedido de exercer as responsabilidades parentais”. Para atingir o espírito subjacente à alteração proposta, o Conselho sugere que o texto do art.º 1903.º contemple a possibilidade de as responsabilidades parentais serem exercidas, num quadro fáctico de impedimento de ambos os progenitores, pelo cônjuge de qualquer um dos progenitores impedidos ou por quem com qualquer um deles viva em união de facto. Para mais desenvolvimentos sobre os fundamentos em que sustenta a sua tese, *vide* o Parecer da Procuradoria-Geral da República de 24 de fevereiro de 2015, disponível *in* <http://www.parlamento.pt>.

<sup>159</sup> Um problema que merece, neste âmbito, ser realçado é o das situações de particular importância urgentes, enquanto situações que supondo um grave perigo para o interesse do menor não admitem dilação. Como alerta Ana Rita Alfiate, um ato de particular importância pode ser concomitantemente um ato urgente, para a prática do qual a lei não se basta com o critério do presuntivo consenso do outro progenitor (art.º 1902.º, n.º 1 *a contrario*). A este propósito, a doutrina costuma citar como exemplo a decisão de batizar ou não um recém-nascido em perigo de vida. Sucede, assim, que estando um dos progenitores, por qualquer motivo (o exemplo cogitado pela Autora é o de um progenitor mineiro de profissão), impedido de prestar o seu consentimento, imprescindível por lei para a prática de um ato desta espécie, não vislumbramos no art.º 1903.º solução legal para a hipótese em mérito. Cfr. ANA RITA ALFAIATE, “A tutela cível do superior interesse da criança – as providências tutelares cíveis tradicionais”, [Registo vídeo], Comunicação apresentada na ação de formação “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao “novo” instituto do apadrinhamento civil”, organizada pelo CEJ, organizada pelo CEJ, 31 de janeiro de 20014, disponível *in* <http://www.justicativ.com> [consultado em 12/07/2015]. Pelo que nos parece, simplesmente o legislador não previu a necessidade de acautelar a urgência de uma concreta questão de particular importância a respeito da qual um dos progenitores não possa de imediato anuir por admitir que os pais casados estarão naturalmente disponíveis para prestar o seu consentimento. Contudo, uma impossibilidade momentânea pode ditar o inverso. Nesse caso, somos a entender que se a lei prevê expressamente a quem compete o poder de decidir em questões de particular importância urgentes nos termos fixados pelo regime do art.º 1906.º, n.º 1, 2.ª parte, há-de pretender abranger também a situação *sub judice* que, por maioria de razão, exige ou justifica esse regime. Nesta matéria, o art.º 156.º, n.º 1 do Cód. Civ. espanhol considera abrangidos pela presunção de consentimento os atos realizados por um só dos pais em situação de urgente necessidade. Ainda relativamente a questões de extrema urgência, mas já quando ambos os progenitores estiverem presentes e em desacordo, o art.º 316.º do *Codice Civile*, após estabelecer no seu § 2 que “*la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori*”, reconhece ao pai a possibilidade de decidir quando “*sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio*” (§ 4).

<sup>160</sup> Retomamos nesta matéria as breves considerações que *supra* nos mereceu o Projeto de Lei n.º 607/XII/3.<sup>a</sup>. No que à nova redação proposta para o art.º 1904.º concerne, as alterações são de maior realce e, de um, a norma passa a contemplar cinco números. No essencial, pretende-se que em caso de morte de

estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, pois só a este cabe a titularidade e o exercício de todas as responsabilidades parentais (art.º 1910.º).

No que respeita ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio<sup>162</sup>, separação judicial de pessoas e bens, nulidade ou anulação do casamento (art.º 1906.º)<sup>163</sup>, extrai-se que o legislador dá relevo ao tipo de interesses da vida do menor envolvidos nas questões que exigem a intervenção dos pais. Distingue-se, aqui também, entre “actos da vida corrente” e “questões de particular importância”.

O exercício das responsabilidades parentais respeitantes aos “actos da vida corrente” incumbe ao progenitor com quem o menor resida habitualmente ou com quem se encontre temporariamente, sendo certo que a liberdade de decisão do progenitor não residente é condicionada pelas orientações educativas mais relevantes<sup>164</sup> tal como se encontram definidas pelo progenitor com quem o filho resida (art.º 1906.º, n.º 3).

Em relação às “questões de particular importância”, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, impôs a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais (art.º 1906.º,

---

um dos progenitores as responsabilidades parentais sejam exercidas conjuntamente pelo progenitor sobrevivente e pelo seu cônjuge ou por quem com aquele viva em união de facto. A proposta de alargamento do regime das responsabilidades parentais, em vida, ao cônjuge ou companheiro do progenitor sobrevivente foi também submetida à apreciação dos Pareceres já citados, todos eles emitindo um juízo de discordância relativamente ao projetado.

<sup>161</sup> Por falecimento de um dos progenitores, a titularidade e o exercício das responsabilidades parentais concentram-se no outro. Pode, porém, acontecer que o progenitor sobrevivente não esteja em condições de as exercer, por qualquer motivo.

<sup>162</sup> Independentemente da modalidade de divórcio que ditar a dissolução do casamento.

<sup>163</sup> Esta norma é aplicável *mutatis mutandis* na hipótese de separação de facto, dissolução da união de facto e ausência de convivência entre os progenitores, *ex vi*, respetivamente, dos art.ºs 1909.º, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 1.

<sup>164</sup> Cabe ao intérprete preencher valorativamente este conceito de conteúdo e extensão imprecisamente delimitados. Na impossibilidade de uma enumeração legislativa do que sejam estas orientações, na medida em que o seu sentido varia em face de realidades circunstanciais concretas, adiantamos que dizem respeito à formação pessoal e social do filho (*v.g.*, decisões relativas ao tipo de alimentação, aos horários de dormida e de refeições, de cumprimento de obrigações escolares e de atividades ou ocupações de tempos livres), reconduzindo-se, no essencial, às questões da vida corrente.

n.º 1)<sup>165</sup>. Com o intuito de manter a união parental incólume à rutura conjugal<sup>166/167</sup>, o legislador “quer, agora mais que antes, que os pais se mantenham solidários e

---

<sup>165</sup> Ao abrigo do art.º 1906.º, n.ºs 1 e 2, na redação da Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, podiam os pais, em caso de dissociação familiar, optar pelo exercício conjunto do então denominado poder paternal. Já na redação da Lei n.º 59/99, de 30 de junho, o exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, nulidade ou anulação do casamento apenas poderia ser comum caso ambos os progenitores acordassem nesse sentido. O exercício comum pressupunha assim um acordo firmado de ambos os pais, a ser homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público. Na ausência de acordo, o poder paternal deveria ser exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, ficando o outro limitado a vigiar a educação e as condições de vida do filho. Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, pergunta-se se o art.º 1906.º, n.º 1 é de cariz imperativo ou se os progenitores podem, voluntariamente, afastar-se do regime-regra, acordando que o exercício das responsabilidades parentais cabe exclusivamente a apenas um deles. Para Guilherme de Oliveira, que já antes das alterações introduzidas pelo novo regime jurídico do divórcio propunha a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais em relação às “questões de particular importância”, a resposta é negativa. Citando o Autor, “o regime do art. 1906.º não é um regime supletivo, que valha apenas quando não for afastado pela vontade dos particulares; o regime é imperativo (...) e só pode ser afastado por uma decisão autónoma e fundamentada do tribunal.” Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova Lei do Divórcio” *op. cit.*, p. 24. Assim, pode o tribunal aceitar o acordo voluntário dos progenitores por entender que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, mesmo só a respeito das “questões de particular importância”, é contrário aos interesses do filho. Não deve, porém, limitar-se a aceitá-lo, sempre devendo chamar a si a responsabilidade pela decisão, salvaguardando o cariz imperativo da norma.

<sup>166</sup> ANTÓNIO H. L. FARINHA e CONCEIÇÃO LAVADINHO, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 49, esclarecem que “a identificação de uma união parental diferenciada da união conjugal ou união marital, aponta[ndo] para a necessidade da sua permanência e sobrevivência após eventual dissolução destas.” A mesma ideia é aclarada pelo Princípio 3:10 dos *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* nos seguintes termos: “Parental responsibilities should neither be affected by the dissolution or annulment of the marriage or other formal relationship nor by the legal or factual separation between the parents.”

<sup>167</sup> Com esta intenção, já propugnada pelo *Children Act* de 1989, a lei assume a convicção de que a família pós-ruptura conjugal funciona em termos semelhantes à família fundada no casamento. GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova Lei do Divórcio” *op. cit.*, p. 23, explica que este modelo é objeto de críticas centradas “nas dificuldades práticas de resolver todos os actos da vida do filho em colaboração, sendo certo que os pais não vivem juntos nem é provável que comuniquem bem um com o outro.” Sandra Passinhas admite que, embora seja o mais aconselhável e desejável, este modelo é pouco viável na prática. A Autora explica que o legislador confia que em situações de particular importância os pais, chamados ao exercício da sua “parentalidade”, usem da contenção necessária para formar um acordo. Cfr. SANDRA PASSINHAS, “Avaliação crítica da Lei n.º 61/2008...” *op. cit.* [consultado em 12/07/2015]. Para MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal...* *op. cit.*, p. 444, o facto de a nova lei acreditar na construção de uma união pós-conjugal “não está de acordo nem com a realidade social, nem com os resultados das ciências sociais”, havendo como que um desfasamento idealista entre a realidade dos factos e a lei.. Noutro trabalho, a Autora conclui “que o exercício conjunto do poder paternal, apesar de ser uma tentativa positiva de incentivar a manutenção de relações contínuas e regulares da criança com ambos os pais e uma igualdade de direitos e deveres entre estes, constitui apenas a solução menos má, pois não remedeia todos os inconvenientes do divórcio.” Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício...* *op. cit.*, p. 176. Na mesma linha de pensamento, RITA LOBO XAVIER, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 65-66, escreve que na sociedade portuguesa está por demonstrar a natureza consensual da obrigatoriedade do exercício conjunto das responsabilidades parentais, admitindo a Autora a existência de “situações que desaconselhem o acatamento da imposição legal, por exemplo situações de violência ou grande conflitualidade”, e a “manifestação de uma vontade contrária por parte dos progenitores”. Também PAMPLONA CORTE REAL e JOSÉ DA SILVA PEREIRA, *Direito da Família...* *op. cit.*, p. 205, defendem que o regime conjunto, no que respeita às “questões de particular importância”, só excepcionalmente poderá ser eficaz. Contra a alteração legislativa em apreço, insurgiu-se a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, através do Parecer de 15 de setembro de 2008, disponível in <http://www.apmj.pt>. Com efeito, a Associação “entende não ser uma opção realista supor que a maior parte dos pais têm a capacidade de cooperação necessária para executar o exercício conjunto das responsabilidades parentais. A lei relativa às

responsáveis pelo destino dos filhos que não podem ser vítimas inocentes de decisões que têm repercussão no desenvolvimento dos laços de afectividade e parentalidade (...).<sup>168</sup> Com efeito, a falta de *debitum* conjugal não é relevante, desde que os progenitores, embora desavindos enquanto cônjuges, não o estejam enquanto pais, única faceta a que este trabalho importa.

Todavia, duas ressalvas se assinalam a favor do exercício individual das responsabilidades parentais. Por um lado, nas situações de “urgência manifesta” qualquer um dos progenitores pode agir sozinho, obrigando-se a prestar contas ao outro (art.º 1906.º, n.º 1 *in fine*) e, por outro, o tribunal tem reserva de competência, por intermédio de decisão fundamentada, para determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas por apenas um dos progenitores, sob a premissa de estar a ser acautelado o superior interesse do menor (art.º 1906.º, n.º 2).

A questão de que cuidamos reveste ainda particular acuidade no caso de dissociação familiar (*i.e.*, separação entre os progenitores e o menor), pois pode acontecer que na sequência da rutura da convivência com o outro progenitor um deles, apenas por uma questão de mera divergência de relacionamento<sup>169</sup>, fique desvinculado, por sua vontade, das obrigações para com o filho menor.

Ora, são exatamente estas situações de contitularidade e exercício singular das responsabilidades parentais que justificam, em nosso entender, o interesse em distinguir os conceitos de titularidade e exercício<sup>170</sup>.

Assim, a titularidade das responsabilidades parentais pode definir-se por referência à qualidade de sujeito ativo dos poderes-deveres atribuídos aos progenitores,

---

responsabilidades parentais dirige-se à população divorciada em conflito, e para estes pais, é contraproducente impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais, pois tal é dar-lhes mais instrumentos para perpetuar o conflito, com prejuízo para as crianças.” A ser válida a doutrina exposta, considera-se que a consagração de um co-exercício se demonstra normalmente incompatível com o ambiente de ressentimento e hostilidade decorrente de um divórcio. O comum acordo necessário torna-se, na maior parte das vezes, difícil de obter e a impossibilidade da sua obtenção pode ser causa de novas disputas. Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, pp. 178-179. Aplaudindo, ao invés, a solução adotada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, *vide* o Parecer da Associação Pais Para Sempre de 17 de junho de 2008, disponível in <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo7.pdf>.

<sup>168</sup> Esta é a linha de entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, por tão expressiva ser, transcrevemos. Cfr. o Ac. do STJ de 28/09/2010 (proc. n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>169</sup> Cfr. HELENA GOMES DE MELO *et al*, *Poder Paternal... op. cit.*, p. 162.

<sup>170</sup> “A titularidade e o exercício da responsabilidade parental são, sem dúvida, duas questões dogmaticamente distintas.” Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.ª ed. rev. e actual., *op. cit.*, p. 279. Também neste sentido se pronunciou ANA RITA ALFAIATE, “A tutela cível do superior interesse da criança...” *op. cit.*, [consultado em 12/07/2015]. Sobre a pertinência da distinção no direito espanhol, *vide* ANTONIO URIBE SORRIBES, “*La representación...*” *op. cit.*, pp. 246-252 e JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, pp. 174-179.

juridicamente estabelecida que esteja a filiação. Por sua vez, o exercício das responsabilidades parentais traduz-se na realização concreta dos mesmos poderes-deveres.

Desta forma, a titularidade, correspondendo a ambos os progenitores vivos mesmo que qualquer um deles não conviva com o menor, assume um carácter estático. Já o exercício apresenta um carácter dinâmico<sup>171</sup>.

#### **4.1) Exercício das responsabilidades parentais no âmbito da atuação representativa dos pais – representação em juízo**

Sob a invocação do princípio da incapacidade legal de agir por menoridade, estamos em condições de concluir que os menores, não emancipados e fora dos casos previstos no art.º 127.º, não possuindo capacidade de agir, também não gozam de capacidade judiciária, visto que esta naquela se baseia (art.º 15.º, n.º 2 do CPC).

A capacidade judiciária, recortado o conceito pela positiva, consiste na possibilidade de estar por si mesmo em juízo ou de se fazer representar por representante voluntário (art.º 15.º, n.º 1 do CPC). É, assim, o espelho da capacidade de agir no direito processual civil<sup>172</sup>.

Neste sentido, aos pais<sup>173</sup> compete representar um filho menor em juízo seja como autor, seja como réu, pois a representação processual situa-se quer no plano da propositura da ação, quer no plano passivo. Em qualquer um dos casos, os dois progenitores devem intervir (art.º 16.º, n.ºs 2 e 3 do CPC) mas a lei exige, para a propositura da ação, o acordo de ambos (art.º 16.º, n.º 2 *in fine* do CPC), não operando, para este efeito, a presunção legal de consentimento vertida no art.º 1902.º, n.º 1.

Quando só um dos progenitores exerça as responsabilidades parentais naturalmente só a ele competirá a representação processual do menor.

---

<sup>171</sup> Esta é a opinião de CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000, p. 37.

<sup>172</sup> Ainda assim, o princípio da coincidência entre a capacidade judiciária e a capacidade de agir não é absoluto, pois casos há em que se reconhece uma certa capacidade judiciária a pessoas incapazes de exercer os seus direitos (art.º 19.º CPC).

<sup>173</sup> Nos termos do art.º 10.º do CPC de 1939, o menor considerava-se representado em juízo, como autor ou como réu, pelo pai e, na falta, ausência ou impedimento deste, pela mãe.

#### 4.1.1) Representação ativa

Nos termos do art.º 16.º, n.º 1 do CPC, os incapazes devem estar em juízo através dos seus representantes, pressupondo que estes estejam já nomeados. O n.º 2 do preceito em referência declara que a representação do menor em juízo compete a ambos os pais, quando também a ambos esteja confiado o exercício das responsabilidades parentais, fazendo-se necessário o acordo dos dois. Neste momento, é perante o cenário descrito que se faz precípua o nosso estudo.

Antes de avançarmos, cumpre desde já esclarecer que a análise proposta se cinge ao universo das questões relativas à propositura de uma ação judicial em representação de um menor (lesado) em juízo<sup>174</sup>, possibilitando a pronúncia do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2006<sup>175</sup> adequada base para os considerandos que se seguem.

O que aí se discutiu, com relevo para a investigação da matéria em estudo, foi a questão de saber se o facto de só a progenitora surgir a deduzir um pedido de indemnização em representação de uma filha menor, e não também o pai, determinaria, ou não, o naufrágio da representação por ambos, exigida por lei.

Servindo-se do art.º 16.º, n.º 2 do CPC, em função da natureza civil do pedido, o Supremo Tribunal considerou que “para ser intentada uma acção em representação do

---

<sup>174</sup> Problema diferente, já visitado, aliás, pela jurisprudência dos tribunais portugueses, é o da propositura de uma ação judicial pelos progenitores nas situações em que também o lesado é menor mas aqueles intervêm como autores, e não na qualidade de representantes legais, peticionando uma indemnização pelos danos sofridos pelo menor, ignorando que só a este assiste um tal direito. *Vide*, a propósito, o Ac. do TRP de 15/02/2012 (proc. n.º 22/08.3TBVLG.P1), disponível in <http://www.dgsi.pt>, de que citamos este lapidar trecho: “Nas situações em que o lesado é menor, só ao próprio assiste o direito de peticionar junto do responsável civil a indemnização dos danos sofridos. Porém, sendo menor apenas pode instaurar a acção representado pelos seus progenitores, por constituir essa a forma de suprir a incapacidade judiciária [art.º 16.º do CPC]. O progenitor pode intervir na acção, na qualidade de representante legal do menor, ou como parte, reclamando a indemnização por danos patrimoniais próprios, nas circunstâncias excepcionais previstas no art.º 495.º, n.ºs 2 e 3 do CC.” A questão suscitada pela atuação dos progenitores nestas circunstâncias tem que ver, não com o exercício do poder-dever de representação legal, mas antes com a aferição do pressuposto processual da legitimidade, definida em razão da posição que as partes assumem, perante o pedido e a causa de pedir, face à relação material controvertida admitida na configuração que lhe é dada pelo autor na petição inicial (art.º 30.º do CPC). O conceito de legitimidade processual é, ainda hoje, um dos mais controvertidos da ciência do direito, muito em virtude da querela jurídico-processual que gravitou em torno do critério de determinação da legitimidade das partes. No seio das divergências doutrinárias sobre este matéria, foram fundamentalmente duas as teses que se digladiaram: a de Barbosa de Magalhães, que pugnava pela apreciação da *alegada* titularidade da relação material controvertida, e a de José Alberto dos Reis, que defendia a apreciação da *efetiva* titularidade da relação material controvertida. Na revisão operada pela Reforma do Código de Processo Civil de 1995/1996 saiu vitoriosa a primeira tese. *Vide*, para mais desenvolvimentos sobre os termos da discussão, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, RUI PINTO e JOÃO REDINHA, *Código de Processo Civil Anotado I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 50-54.

<sup>175</sup> Proc. n.º 06P1948, disponível in <http://www.dgsi.pt>.



menor é exigido, primeiro, o acordo dos pais e, depois, que o menor seja por ambos representado em juízo.<sup>176</sup>”

O preceito invocado encerra, por isso, duas realidades: uma dirigida ao necessário acordo para a propositura da respetiva ação e outra relativa à representação em juízo. Num plano conceptual, entendeu o Tribunal, estes dois requisitos legais não são absolutamente independentes um do outro, ao ponto de se poder entender que, exigindo a lei a representação por parte de ambos os pais, esta exigência já teria em si implícita a necessidade do acordo de ambos para a propositura da ação.

No entanto, tal como resulta do n.º 1 do art.º 18.º do CPC, a atuação simultânea dos progenitores não significa acordo. Aliás, a lei prevê a representação por ambos os pais com desacordo entre estes sobre a conveniência de intentar determinada ação<sup>177</sup>, e este foi o argumento mobilizado para admitir que uma e outra realidade devem ser tratadas autonomamente.

Socorrendo-nos agora do regime legal atinente ao exercício das responsabilidades parentais que consta do Código Civil, e que já havemos ocasião de compreender em termos que aqui damos por reproduzidos, verificamos desde logo que nos casos em que o exercício das responsabilidades parentais se encontra atribuído a ambos os pais naturalmente a ambos compete o exercício do concreto poder-dever de representação legal para efeitos de representação em juízo (art.ºs 1878.º, n.º 1 e 1091.º).

Ademais, a dedução de um pedido de indemnização civil, por implicar a abertura de um processo judicial em que, *in casu*, um dos intervenientes processuais é um sujeito menor de idade, não pode deixar de ser vista como uma “questão de particular importância”<sup>178</sup>. Carece, por isso, de ser exercida conjuntamente, sem que o acordo de

---

<sup>176</sup> No mesmo sentido, *vide* a doutrina firmada pelo supramencionado Ac. do TRP de 15/02/2012, onde pode ler-se que: “Competindo o poder paternal ou, mais propriamente, o exercício das responsabilidades parentais, a ambos os pais, a representação do menor em juízo cabe aos dois progenitores, sendo certo que a propositura da acção pressupõe o acordo dos pais do menor.”

<sup>177</sup> Admitimos a ocorrência, não rara na vida prática, de desacordo entre os progenitores acerca da conveniência de intentar uma ação em representação dos seus descendentes. Isto não quer dizer, no entanto, que a falta de acordo comprometa o êxito da respetiva ação. Com efeito, a lei acautelou estas hipóteses, consagrando no n.º 1 do art.º 18.º do CPC a faculdade de qualquer dos progenitores “requerer ao tribunal competente para a causa a resolução do conflito”, decidindo o juiz “de acordo com o interesse do menor, podendo atribuir a representação a só um dos pais, designar curador especial ou conferir a representação ao Ministério Público” (n.º 3). Segue-se o mesmo regime quando o desacordo dos progenitores surja já no decurso do processo, acerca da orientação deste (art.º 18.º, n.º 2 do CPC).

<sup>178</sup> Cfr. HELENA GOMES DE MELO *et al*, *Poder Paternal... op. cit.*, p. 146 e HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância... op. cit.*, p. 102. Na jurisprudência, *vide* o Ac. do TRP de 02/07/2014 (proc. n.º 53/12.9GTSJM-D.P1), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

qualquer um dos progenitores se possa presumir. Nesta hipótese, cabe a ambos os pais suprir a incapacidade dos filhos menores em juízo, figurando em nomes destes na ação.

Em concreto, da factualidade carreada para os autos, em que foi apresentada pelo pai da menor ofendida uma denúncia, na qual foi manifestada a intenção de deduzir um pedido cível, acompanhada por outorga de procuração por parte de ambos os progenitores, resultou verificado, no entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, o acordo exigido por lei<sup>179</sup>. Contudo, e esta foi a conclusão do Supremo Tribunal, “como, posteriormente, só a mãe surge a deduzir o pedido de indemnização em representação da menor, e não também o pai, falece a representação por ambos também exigida por lei.”

Não obstante, consciente de que o exigir de representação por ambos os pais pode, no limite das consequências possíveis, levar ao naufrágio de ações<sup>180</sup> nas situações em que, existindo embora acordo, apenas um dos pais surge a representar um filho menor, quando a lei do processo exige a presença de ambos, o legislador admite que, com uma simples diligência de sanação da irregularidade de representação (art.ºs 27.º, 28.º e 547.º do CPC), a ação prossiga.

De todo o modo, concluímos que da lei, tanto adjetiva como substantiva, transparece a intenção do exercício conjunto do poder-dever de representação de um menor em juízo.

Problema conexo, de não somenos importância e profusamente debatido na jurisprudência nos nossos tribunais, relaciona-se com o exercício do direito de queixa pelos progenitores em representação de um filho menor de dezasseis anos (art.ºs 1881.º e 113.º, n.º 4 do CP). Interessa-nos, sobretudo, a hipótese de a ambos os progenitores estar confiado o exercício das responsabilidades parentais.

Concretamente, a questão a decidir refere-se à competência para o exercício do direito de queixa quando os progenitores não manifestarem estar de acordo em relação ao exercício de um tal direito porque um deles, apenas<sup>181</sup>, é o autor do ilícito crime. De modo a afastar quaisquer equívocos, uma advertência é devida para esclarecer que as

---

<sup>179</sup> No caso em apreço, discutiu-se o critério de aferição do acordo dos progenitores, concluindo o Supremo Tribunal que a outorga de procuração pelo pai da menor representou “expresso acordo” para a dedução do pedido de indemnização civil, em cumprimento do disposto no art.ºs 16.º, n.º 2 do CPC e 1901.º.

<sup>180</sup> Acompanhamos o ponto de vista de MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, p. 109, observando a Autora que “exigir a intervenção de ambos os progenitores em todos os actos de representação do menor podia equivaler a uma paralisação da vida exterior deste, uma vez que, por vezes, é difícil a intervenção simultânea de ambos.”

<sup>181</sup> É conveniente esta precisão para distinguir a hipótese tratada no texto daquela em que ainda igualmente no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais a prática do crime é imputada a ambos os representantes legais.

considerações que aqui se vão alinhar terão por base a natureza semi-pública do ato ilícito praticado, contanto que a questão é despida de interesse perante a prática de um crime público<sup>182</sup>.

Assim, são várias as pronúncias<sup>183</sup> a reconhecer que o direito de queixa pode ser exercido indistintamente por cada um dos progenitores em representação de um filho menor.

Neste sentido, e face à ausência de norma processual penal equivalente ao art.º 16.º, n.º 2 do CPC, as instâncias que alinham por uma tal orientação sustentam o recurso à analogia com os preceitos relativos à constituição de assistente (art.º 68.º, n.º 1, al. d) do CPP). Concluem, por esta via, que se a lei processual penal não exige que ambos os pais de um menor se constituam assistentes não pode o exercício do direito de queixa ser imposto aos dois, bastando que qualquer um deles o exerça.

Os mesmos tribunais acrescentam que o n.º 4 do art.º 113.º do CP, referindo-se em termos literais a “representante legal”, assume o significado de admitir a qualquer um dos pais o exercício do direito de queixa<sup>184</sup>, pois houvesse sido outra a intenção do legislador e decerto tê-la-ia expresso, como aliás o fez no art.º 1878.º, utilizando a fórmula “compete aos pais”.

Interpretando também o atual n.º 3 do art.º 113.º do CP, a corrente jurisprudencial vinda de expor assevera que sendo ambos os pais representantes legais a conclusão necessária é a de que qualquer deles pode validamente apresentar queixa em nome de um filho menor<sup>185</sup>.

Já aqueles que se insurgem contra a doutrina de que basta a manifestação de vontade de um dos progenitores para o exercício do direito de queixa rejeitam uma interpretação crassa do termo “representante legal”. Entendem, portanto, que o teor literal do art.º 113.º, n.º 4 do CP implica o recurso às normas de direito civil, segundo as quais,

---

<sup>182</sup> Compreenderemos adiante a finalidade declarada desta distinção.

<sup>183</sup> Cfr., entre outros, os Ac.s do TRC de 17/09/2014 (proc. n.º 92/13.2TAVZL.C1) e de 06/10/2010 (proc. n.º 1123/08.3 TAGRD.C1), do TRP de 16/10/2013 (proc. n.º 555/12.7GAMAI.P1), de 10/05/2006 (proc. n.º 0546502) e de 23/10/2002 (proc. n.º 0141267) e do TRL de 26/02/2004 (proc. n.º 1157/2004-9), de 27/02/2003 (proc. n.º 0009489), todos disponíveis in <http://www.dgsi.pt>. Vide, ainda, o Ac. do TRL de 02/03/2000 (*Coletânea de Jurisprudência*, t. I, 2000, p. 136 e ss.).

<sup>184</sup> Contrariamente ao que é afirmado no texto legal, não se trata aqui de uma questão de titularidade, mas apenas de exercício do direito de queixa.

<sup>185</sup> É outra a interpretação que Guilherme de Oliveira imprime à norma. O Autor, em anotação ao *supra* referido Ac. do TRL 02/03/2000, comenta que o n.º 3 do art.º 113.º do CP “foi pensado para se aplicar relativamente às classes de legitimados compostas por várias pessoas que, individualmente, podem desempenhar as suas competências (...)” Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O poder paternal e o exercício do direito de queixa – Anotação ao Acórdão de 2 de Março de 2000, do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º, n.ºs 3911 e 3912, p. 96.

no douto ensinamento de Figueiredo Dias<sup>186</sup>, se determina exclusivamente o representante legal. Com efeito, o art.º 1878.º confia aos pais o poder-dever de representação legal dos filhos, no âmbito do qual se insere, se não erramos, o poder-dever de representação em juízo através da apresentação de uma queixa criminal. Ora, seja no contexto do matrimónio ou de situação materialmente análoga, seja na sequência de uma rutura conjugal, a regra hoje é a do exercício conjunto das responsabilidades parentais, pelo que a incapacidade do sujeito menor de idade em matéria de exercício do direito de queixa só pode considerar-se validamente suprida através da atuação concomitante e concordante dos progenitores<sup>187</sup>. A bondade desta argumentação pode ser reforçada se reconduzirmos o exercício do direito de queixa à categoria dos atos de particular importância, cuja prática não se basta com o consenso presumido de um dos pais (art.º 1902.º)<sup>188</sup>.

Ao invés, a jurisprudência que vem decidindo pela possibilidade de qualquer um dos progenitores exercer sozinho o direito de queixa afasta-se da solução de enquadramento deste direito na classe daqueles atos, sob pena de, afastado o critério da autorização presumida a que se refere o art.º 1092.º, o autor do ilícito ficar impune por ser progenitor e representante legal do ofendido menor.

Pela nossa parte, porém, a especialidade da matéria torna irrelevante a discussão em torno de saber se o exercício do direito é ou não uma “questão de particular importância”, seja o ato ilícito praticado de natureza semi-pública ou de natureza pública. Em concreto, de acordo com a fonte da iniciativa e do impulso processuais para a instauração de um procedimento criminal, podem os crimes ser classificados como crimes semi-públicos, públicos e particulares. Neste nosso enlevo, cumpre-nos atender de modo especial à primeira e segunda espécie.

Assim, diz-se semi-público o crime cujo procedimento criminal depende da apresentação de queixa por parte do ofendido ou de terceiros que para tal tenham também legitimidade (art.º 49.º CPP)<sup>189</sup>. Por sua vez, um crime é público quando o procedimento

---

<sup>186</sup> Cfr. JOSÉ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 3.ª reimpr., Coimbra Editora, 2011, p. 673.

<sup>187</sup> “Numa palavra, o «representante legal»... são dois e têm de agir de comum acordo.” Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O poder paternal e o exercício do direito de queixa...” *op. cit.*, p. 96.

<sup>188</sup> É esta a lição de Guilherme de Oliveira quando escreve que “o exercício do direito de queixa é, seguramente, uma «questão de particular importância» e foi para estas questões que se previu o regime do art. 1901.º do Código Civil, que permite o recurso ao tribunal quando os progenitores não estão de acordo (...).” *Ibidem*.

<sup>189</sup> Obedece a esta exigência, por exemplo, o crime de ofensa à integridade física simples (art.º 143.º, n.º 2 do CP).

criminal é desencadeado officiosamente pelo Ministério Público, independentemente de qualquer manifestação de vontade por parte do ofendido (art.º 48.º do CPP). Basta portanto a aquisição da notícia do crime pelas autoridades judiciárias ou pelos órgãos de polícia criminal para que o Ministério Público exerça a ação penal com plena autonomia (art.º 262.º, n.º 2 do CPP)<sup>190</sup>.

Uma vez aflorada esta caracterização<sup>191</sup> e tomando como referência um conjunto de crimes semi-públicos e públicos que pela frequência estatística<sup>192</sup> da sua prática contra menores destacámos, pensamos que tratando-se de um crime de natureza semi-pública é indiferente que o exercício do direito de queixa preencha a noção-quadro de “questão de particular importância”. É que não podendo a investigação da prática do crime prescindir da apresentação de queixa, o art.º 18.º, n.ºs 1 e 3 do CPC preceitua que na falta de acordo compete ao tribunal intervir para dirimir o conflito representativo entre os progenitores e, em nosso entender, perante a inexistência de norma processual penal que se possa aplicar por analogia, não há razão que obste à convocação deste preceito por remissão do art.º 4.º do CPP. Desta sorte, verificada a impossibilidade de os pais assumirem, em conjunto, as funções de representação, *maxime* porque um deles é o agente do crime, incumbe ao juiz providenciar pela regularização da representação para que a ação prossiga, na medida em que o menor não está regularmente representado em juízo através de queixa apresentada por apenas um dos seus representantes legais<sup>193</sup>.

Contra esta solução, o entendimento perflhado pela jurisprudência que adere à tese de qualquer um dos pais, mesmo em desacordo com o outro, poder validamente apresentar queixa em nome de um filho menor de dezasseis anos considera que uma decisão judicial sobre o desentendimento dos progenitores quanto à apresentação de uma

---

<sup>190</sup> São exemplos de crimes públicos a violação cometida contra menor de dezoito anos (art.ºs 164.º e 178.º do CP), o abuso sexual de crianças (art.º 171.º do CP) e o abuso sexual de menores dependentes (art.º 172.º do CP).

<sup>191</sup> Que carecia de outro desenvolvimento, mas que aqui não podemos prosseguir.

<sup>192</sup> Apesar da insuficiência de dados oficiais atuais para um conhecimento efetivo do problema, a frequência com que os jornais diários fazem eco, com mais ou menos sensacionalismo, de casos de violência contra menores pela própria família leva a pensar num número superior àquele que as estatísticas oficiais possam oferecer.

<sup>193</sup> É o que sobre o assunto – estribado embora a respeito da figura da representação judiciária das pessoas coletivas – outrossim se diz no sumário do Ac. do TRP de 15/07/2009, que data vénia aqui reproduzimos: “Verificada a irregularidade da representação, e também uma impossibilidade de os representantes assumirem, em conjunto, como impõe o pacto social, as funções de representação, incumbe ao juiz (...) providenciar, officiosamente, pela regularização da instância, designadamente, nomeando à sociedade um representante especial ou curador *ad litem*, como forma de assegurar a respectiva representação em juízo”. Cfr. o Ac. do TRP de 15/07/2009 (proc. n.º 199/07.5TYVNG-B.P1), disponível in <http://www.dgsi.pt>. Neste sentido se pronunciou o mesmo Tribunal por ocasião dos Ac.s de 16/04/2012 (proc. n.º 909/10.3TTVCT.P) e de 25/06/2001 (proc. n.º 0150796), disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

queixa em representação de um menor não se obtém em tempo útil, leia-se, no prazo de seis meses que a lei disponibiliza para o exercício desse direito (art.º 113.º, n.º 5, al. a) do CP). Contudo, em nossa modesta opinião, não é legítimo procurar no limite temporal legalmente estabelecido para o exercício do direito de queixa a fuga para a impunidade.

Também se o crime for de natureza pública é irrelevante a caracterização do exercício do direito de queixa como um “ato de particular importância”. Na verdade, mesmo que assim seja<sup>194</sup>, não vemos por que do facto de à declaração de vontade que um dos progenitores apresenta para proceder e prosseguir com a queixa se opor a declaração de vontade que o progenitor autor apresenta no sentido da extinção do procedimento criminal haja de decorrer a impunidade do ilícito praticado. Em bom rigor, se o crime em questão não exigir a apresentação de queixa para a respetiva promoção processual, o Ministério Público é admitido a exercer a ação penal nos termos acima descritos. Com efeito, a exigência do consenso indispensável dos representantes legais para o exercício do direito de queixa em representação de um ofendido menor de dezasseis anos é desvirtuada pela natureza pública do crime em concreto praticado e consequente dispensa de queixa.

Desta sorte, o carácter público do ilícito serve de “válvula de escape” às situações mais gravosas cometidas relativamente a um menor até aos dezasseis anos de idade por alguém que, assumindo a qualidade simultânea de seu representante legal e autor do crime, naturalmente não se manifestará disponível para exercer o direito de queixa em representação daquele<sup>195</sup>.

Depois deste arrazoado, e ainda na hipótese de exercício conjunto das responsabilidades parentais, uma palavra mais é devida apenas para dizer que se a prática do crime for imputada a ambos os representantes legais<sup>196</sup> nenhum deles terá interesse em atuar no exercício do direito de queixa. Antes ambos se colocarão de comum acordo em relação ao não exercício de um tal direito. Não obstante, a omissão do exercício do direito de queixa em representação de um menor ofendido não impede a iniciativa do desencadeamento da investigação da prática do crime. Vejamos em que medida.

---

<sup>194</sup> E na hipótese cogitada, em que, não raro, o autor do ilícito mantém um vínculo afetivo e de confiança com o menor ofendido, por ser seu representante legal, e o exercício das responsabilidades parentais está confiado a ambos os pais.

<sup>195</sup> Todavia, importa não esquecer que algumas vezes o interesse do ofendido pode caminhar num sentido distinto do da promoção processual, não se fazendo qualquer juízo de vantagem da consagração da possibilidade de iniciativa pública.

<sup>196</sup> Cfr. o Ac. do TRP de 02/04/2014 (proc. n.º 261/12.2GDVFR.P1), disponível *in* <http://www.dgsi.pt>.

Na hipótese de um crime de natureza semi-pública, o legislador penal admite que o Ministério Público supra a inexistência de queixa por decisão expressa nesse sentido, podendo dar início ao processo independentemente da apresentação de queixa. A este propósito, o art.º 113.º, n.º 5, al. b) do CP dispõe agora<sup>197</sup> que “quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime.”

Este poder-dever do Ministério Público de, independentemente de queixa, tomar a iniciativa processual na sequência de um crime semi-público cometido contra um menor de dezasseis anos exige, porém, que um juízo de ponderação do interesse do ofendido, não sindicável pelo juiz<sup>198</sup>, aconselhe a abertura do processo de inquérito e o seu prosseguimento. Ademais, esta possibilidade abstrata<sup>199</sup> não exonera o Ministério Público de justificar as razões de facto que, em concreto, suportam a decisão de dar início ao procedimento criminal sem queixa. Assim, impõe-se-lhe um “dever de justificação da posição assumida face aos representantes legais do menor vítima e também face a este, nos casos em que lhe deve ser assegurado o direito de participação na formação de tal decisão.”<sup>200</sup>

Já vimos que na espécie de crimes em comento – crimes semi-públicos – a queixa surge como fio condutor da subsequente ação do Ministério Público, sem que, contudo,

---

<sup>197</sup> Na redação do Dec. Lei n.º 48/95, de 15 de março, podia ler-se no n.º 5 do art.º 113.º: “Quando o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas, no caso, ao agente do crime, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se especiais razões de interesse público o impuserem.” Mais tarde, na sequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, o legislador penal manteve o texto do n.º 5 e acrescentou um n.º 6 com o seguinte teor: “Quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode, nos casos previstos na lei, dar início ao procedimento quando o interesse da vítima o impuser.” Hoje, por ocasião da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, pode ler-se no art.º 113.º do CP: “5 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e: a) Este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa; ou b) O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime. 6 – Se o direito de queixa não for exercido nos termos do n.º 4 nem for dado início ao procedimento criminal nos termos da alínea a) do número anterior, o ofendido pode exercer aquele direito a partir da data em que perfizer 16 anos.”

<sup>198</sup> Cfr., os já citados Ac.s do TRP de 02/04/2014 e do TRC de 06/10/2010.

<sup>199</sup> Sem embargo da sua natureza geral e abstrata, não podemos olvidar que o art.º 113.º, n.º 5 despontou em face dos crimes semi-públicos praticados contra menores em que, pelo facto de aqueles a quem a lei confia o exercício do direito de queixa em representação do menor ofendido poderem ser autores do crime ou coniventes com a sua prática, se justifica que o Ministério Público possa assumir o impulso processual independentemente de queixa.

<sup>200</sup> RUI DO CARMO, ISABEL ALBERTO e PAULO GUERRA, *O Abuso Sexual de Menores. Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, 2.ª ed., Almedina, 2006, p. 54.

seja um “espartilho limitador”<sup>201</sup> desta. Vale isto por dizer que se em tese a omissão do exercício do direito de queixa por quem é representante legal, em relação aos factos que alegadamente haja praticado, exime o Ministério Público do dever de promover o procedimento, pode suceder que o interesse do menor ofendido recomende que o Ministério Público tome a iniciativa de dirigir a investigação da prática daqueles factos, devendo registar no processo uma manifestação expressa no sentido de desencadear o procedimento criminal<sup>202</sup>.

Perante um crime público temos por adquirido que a atuação, por omissão, dos representantes legais é superada pela iniciativa processual do Ministério Público.

#### **4.1.2) Representação passiva**

O § 3.º do art.º 9.º do Código de Processo Civil de 1876 exigia a citação, conjuntamente com o seu representante, do menor não emancipado com mais de catorze anos de idade. Este texto suscitou várias dúvidas, pois que, ordenando a citação, previa unicamente a hipótese do menor ser réu, não se pronunciando a lei sobre a sua capacidade judiciária ativa. O advérbio “conjuntamente” era igualmente causa de perplexidade, colocando-se a questão de saber se o menor havia de ser citado no mesmo momento e no mesmo ato em que se concretizava a citação do representante, ou se o advérbio significava apenas que, além deste, havia ainda de ser citado o representado. Também não se esclarecia se o menor tinha que ser citado unicamente no caso de já ter completado os catorze anos de idade à data da propositura da ação, ou se devia sê-lo mesmo no caso de atingir essa idade na pendência da causa e logo que a atingisse.

O art.º 13.º do Código de Processo Civil de 1939 foi redigido de modo a afastar estas dúvidas. Com efeito, quando o menor fosse autor não tinha que ser citado para ação, mas era admitido a intervir ao lado do seu representante. Já quando figurasse como réu exigia-se que fosse citado, sob pena de nulidade (art.º 194.º, n.º 1 do CPC de 1939)<sup>203</sup>.

Para Alberto dos Reis<sup>204</sup>, era indiferente que o menor fosse citado no mesmo momento e ato ou em momento e ato diferente em que se citava o representante. A sua

---

<sup>201</sup> Cfr. o Ac. do TRP de 29/04/2009 (proc. n.º 190/07.1GAMDB.P1), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>202</sup> Assim ficou sentenciado no aludido Ac. do TRP de 02/04/2014.

<sup>203</sup> É certo que o representante e o representado não formam dois réus. O réu é só um, o menor representado, mas para que a citação se considerasse feita era necessário que, além de citado o representante, também citado fosse o representado.

<sup>204</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado I*, 3.ª ed., reimpr., Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 30-31.



citação só era exigida quando já tivesse completado os catorze anos de idade à data em que se efetuava a citação do seu representante. Se perfizesse essa idade no decurso da causa, não se exigia que fosse citado, mas podia intervir por sua iniciativa.

De contrário, o Código de Processo Civil de 1961 fixou-se numa outra formulação, prevendo no seu art.º 231.º, n.º 1 que “os incapazes, os incertos, as pessoas colectivas, as sociedades, os patrimónios autónomos e o condomínio são citados ou notificados na pessoa dos seus legais representantes, sem prejuízo do disposto no artigo 13.º.” Em obediência a esta orientação, podia ler-se no art.º 10.º, n.º 3 que “quando seja réu um menor sujeito ao poder paternal dos pais, devem ambos ser citados para a acção.”

Na sua actual redacção, o art.º 223.º, n.º 1 do CPC perpetua o texto do pretérito art.º 231.º, n.º 1. Com as necessárias adaptações relativamente ao anterior art.º 10.º, n.º 3, o art.º 16.º, n.º 3 do diploma hoje em vigor declara igualmente que “quando seja réu um menor sujeito ao exercício das responsabilidades parentais dos pais, devem ambos ser citados para a acção.”<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, RUI PINTO e JOÃO REDINHA, *Código de Processo Civil Anotado I... op. cit.*, pp. 404-407, não estranham que a citação possa ser efetuada na pessoa do filho, ainda que menor, desde que dotado de razão.

## **Capítulo IV**

### **Conflito de interesses entre representante legal e menor representado**

Pode acontecer, efetivamente, que o representante legal do menor representado fique provisoriamente paralisado no exercício do correspondente poder-dever de representação que a lei lhe confere pelo facto de se orientar por outro interesse que não o interesse do menor, com o qual antes se incompatibiliza.

Se não erramos, a razão de ser da privação do exercício da concreta responsabilidade de representação perante um conflito de interesses entre representante legal e menor representado radica na opção legal pela proibição do negócio consigo mesmo<sup>206</sup> – art.º 261.º. Em bom rigor, o risco de um tal contrato envolver perigos evidentes, como seja, para os efeitos que temos em vista, a circunstância do representante se sentir tentado a sacrificar os interesses do representado em benefício dos seus, fundamenta a decisão de nomear outra pessoa como expediente a que o legislador recorre para dirimir aquele alegado conflito de interesses.

Em virtude da importância prática desta questão, coube à lei a iniciativa de lhe dar solução nos termos do art.º 1881.º, n.º 2. Assim, “se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito às responsabilidades parentais, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal.”

---

<sup>206</sup> Numa definição abrangente, o negócio consigo mesmo (*negotium a semet ipso*), também apodado de autocontrato, é o contrato celebrado por uma só pessoa, que intervém simultaneamente a título pessoal e na qualidade de representante da outra parte, ou como representante, ao mesmo tempo, de todas as partes. O Código Civil consagrou a regra da proibição desta espécie contratual, não obstante admitir exceções no sentido da sua validade. O negócio consigo mesmo é válido, portanto, quando o representado o consinta, em determinados termos, e quando o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses. Neste sentido, os autores são unânimes em defender que o substrato valorativo da proibição do negócio consigo mesmo reside na prevenção de conflitos de interesses entre o representante e o representado. Sobre o assunto, *vide*, entre outros, A. VAZ SERRA, “Contrato Consigo Mesmo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 91.º, n.º 3130, pp. 195-204, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 552 e RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspectos do instituto da representação no Código Civil de 1966*, Porto, 1992 (policopiado), p. 200.

## Secção I

### Génese da figura do curador especial. Antecedentes históricos

#### 1) A figura em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Regra geral, o curador especial apresenta-se como um instituto de origem legislativa. Por conseguinte, é com amparo na lei que procuraremos o fundamento que assistiu à sua criação.

Tomando em larga conta os ensinamentos do direito comparado, a consagração legal do instituto é fruto de uma evolução histórica de regulamentação da conflitualidade de interesses surgida no contexto das relações familiares. Na verdade, o art.º 1881.º, n.º 2 está longe de ser uma construção original, sofrendo a influência da família jurídica da Europa central.

Assim, na vigência do *Code Civil* de 1804 era conhecida a existência de um organismo *ad hoc* constituído com o propósito de dirimir conflitos de interesses entre pais e filhos. Contudo, a inexistência de um preceito legal geral<sup>207</sup> orientado concretamente para a resolução desses conflitos era causa de divergências na doutrina francesa<sup>208</sup>. Discutiam-se, pois, quais as normas do *Code Civil* a que havia de recorrer-se para legitimar a existência de um conflito de interesses com aqueles contornos e fixar o seu regime jurídico, qual a designação a atribuir àquele organismo – “*tuteur ad hoc*” ou “*administrateur ad hoc*” – e qual o modo da sua nomeação. A qualificação da figura como “*tuteur ad hoc*” coincidia com a aplicação das normas destinadas à tutela, ao passo que a opção pela expressão “*administrateur ad hoc*” coincidia com a aplicação das normas reguladoras do velho instituto do poder paternal.

Os autores<sup>209</sup> que consideravam aplicáveis as regras da tutela explicavam que o título de “*administrateur*” apenas era conferido ao pai e à mãe, que perante a ocorrência de um conflito de interesses, viam suspensas as suas atribuições, havendo lugar à designação de um tutor a quem se confiava a resolução do conflito. O mesmo sector doutrinário fazia notar que em todos os casos em que dispunha sobre a figura de um

---

<sup>207</sup> Não obstante, o art.º 318.º do *Code Civil* de 1804, prevendo a ocorrência de um alegado conflito de interesses em matéria de impugnação de legitimidade do filho, a quem interessava a improcedência da respetiva ação por oposição ao interesse que o pai teria na sua procedência, cuidava implicitamente da representação do filho através da pessoa de um “*tuteur ad hoc*”. Cfr. JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989, p. 38 (nota 28).

<sup>208</sup> *Idem*, p. 38 (nota 30).

<sup>209</sup> *Idem*, p. 36 (nota 26).

representante especial, o *Code Civil* se lhe referia como um “*tuteur ad hoc*” ou simplesmente como um “*tuteur*”. A respeito da sua designação, e atenta a similitude com a figura do protutor, esta posição considerava ser também competência do conselho de família a nomeação de um “*tuteur ad hoc*”.

Outros autores<sup>210</sup>, porém, defendiam a aplicação das regras do então poder paternal e, por conseguinte, aderiam à terminologia “*administrateur ad hoc*”. Assim, rejeitavam o primeiro argumento aduzido pela doutrina anteriormente esboçada, esclarecendo que a instituição paternal não se suspendia enquanto os progenitores fossem vivos<sup>211</sup>. Depois, o facto do conselho de família não estar previsto no âmbito do poder paternal servia-lhes de critério para excluir da competência deste órgão tutelar a nomeação de um representante especial. Desta sorte, não reservavam qualquer espaço para a aplicação das regras da tutela.

Hoje, o art.º 389.º-3 do *Code Civil* acolhe expressamente a figura do “*administrateur ad hoc*”<sup>212</sup>.

Elaborado sob a influência direta do Código napoleónico, o art.º 365.º do Código holandês de 1837 previa já concretamente a resolução do conflito de interesses nascido no exercício do ainda poder paternal. Em concreto, ordenava a representação dos filhos menores por um “*curador ad hoc*”, nomeado pelo tribunal, em todas as situações em que o pai tivesse um interesse oposto ao daqueles<sup>213</sup>.

Perante idêntico cenário, o art.º 159.º do Proyecto de 1851, igualmente redigido à mercê da influência da codificação francesa, previa a nomeação judicial de um “*procurador*”<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Vide, por todos, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, op. cit., pp. 36-37.

<sup>211</sup> No mesmo sentido, na doutrina espanhola, Hernandez Gil esclarece que a “*denominación de tutor, aunque se añada el término ad hoc, no se ajusta ni encaja en la figura del defensor, porque éste se desarrolla en el campo de la patria potestad, siendo compatible con ella, pues tan sólo la limita en el asunto determinado (...)*.” Cfr. FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura del defensor judicial de menores*”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, p. 205.

<sup>212</sup> No preceito pode ler-se: “*L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office. Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire.*”

<sup>213</sup> Cfr. JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, op. cit., p. 43.

<sup>214</sup> “*En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él por su procurador, que se les nombrará judicialmente para cada uno de los casos.*”

Exceção feita à denominação, o “curador *ad hoc*” do Código holandês e o “procurador” do Proyecto de 1851 coincidiam substancialmente com o “*tuteur ad hoc*” ou “*administrateur ad hoc*” criados ao amparo do Código napoleónico.

O art.º 198.º do Proyecto de Ley do Livro I do Código Civil espanhol, apresentado em 1869, reproduzia literalmente o referido art.º 159.º. Por sua vez, o art.º 1853.º da LEC de 1881 previa a categoria do “curador *ad litem*”<sup>215</sup>, nomeadamente, “*en el caso de que los padres del menor sujeto a la patria potestad (...) no puedan representarlos en juicio con arreglo a las Leyes.*”<sup>216</sup> O Anteproyecto do Código Civil espanhol de 1882 acolhia uma formulação semelhante à dos textos anteriores, embora mais completa. O texto do seu art.º 132.º acaba depois reproduzido no art.º 165.º do Código Civil espanhol de 1889, tendencialmente correspondente ao art.º 163.º do diploma atualmente em vigor.

Com efeito, pode hoje ler-se: “*Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo com uno de los progenitores, corresponde al outro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.*”

Eis que surge pela primeira vez, no instituto do ainda poder paternal, a figura do “defensor” como expediente a que a lei recorre para dar solução ao conflito de interesses entre pais e filhos.<sup>217</sup>

Pelo exposto, fica demonstrado que a codificação civil espanhola é testemunho da relatividade temporal da figura do curador, e ao eliminar-se esta instituição dos textos legislativos vigentes houve a necessidade de criar uma figura jurídica nova, sob a

---

<sup>215</sup> Na vigência da LEC de 1881 havia distintas classes de curadores: *ad bona* – prevista nos art.ºs 1841.º a 1846.º para os sujeitos menores de vinte e cinco anos –, *ejemplar* – prevista nos art.ºs 1847.º a 1851.º para pessoa “*declarada, por sentencia firme, incapacitada para administrar sus bienes*” –, e *ad litem*.

<sup>216</sup> Para se citar um exemplo concreto, vide o art.º 1057.º da LEC de 1881. Aí se dispunha que “*cuando el tutor, curador, padre o madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor o incapacitado a quien representen, se proveerá a éste, con arreglo a derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará a los actos en que exista dicha incompatibilidad.*”

<sup>217</sup> Assim, depois da publicação do Código Civil espanhol de 1889, quando um filho menor de idade haja de litigar contra os progenitores ser-lhe-á nomeado um defensor, tal como antes da vigência do diploma lhe era nomeado um curador *ad litem*.

designação de “defensor judicial (de menores)”<sup>218</sup>, que corresponde hoje, no essencial do seu cargo, àquela<sup>219</sup>.

Vale destacar, no entanto, que a figura do curador, como mecanismo a que o legislador recorre para dirimir um pressuposto conflito de interesses – o conflito que opõe o interesse do menor representado ao interesse de quem, por lei, o representa –, permanece no art.º 1:250 do Livro I, Título 1.14, Secção 1.14.1 do Cód. Civ. holandês, no § 1909.º do BGB, no art.º 320.º, § 6 do *Codice Civile*, nos art.ºs 306.º, § 2 e 392.º, § 2 do Cód. Civ. suíço e no art.º 1881.º, n.º 2 do nosso Código. Em todos estes preceitos, portanto, se conserva a instituição da curadoria no âmbito do exercício do poder-dever de representação legal.

## 2) A figura no ordenamento juscivilístico português

Uma visita ao Código Civil de 1867 autoriza a conclusão de que, já à época, o legislador acautelara a ocorrência de um possível conflito de interesses entre pais e filhos menores. Para a sua resolução, o respetivo art.º 153.º declarava que aos filhos seria dado, por nomeação do juiz competente, “tutor especial” que os defendesse.

Para efeitos do nosso estudo, um exemplo paradigmático em que assumia relevo o conflito de interesses do tipo em exame era a ação de impugnação de legitimidade do filho, prevista no art.º 113.º do Código de Seabra. Aí se confiava a representação do filho menor a um “tutor especial”, que havia de ser nomeado em conselho de família, e este composto por parentes da mãe, ou por pessoas da sua amizade, na falta daqueles<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Esta é, entre outras igualmente apropriadas, a expressão preferível e mais frequentemente utilizada. Cfr. FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 204 (nota 12) e LUIS JIMÉNEZ ASENJO, *Voz: “Defensor judicial”*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica VI*, Barcelona, 1975, p. 342. Usa-se falar em “defensor judicial de menores” para não confundir a figura que ora nos ocupa com aquela outra que, sob a mesma nomeação, está prevista no art.º 181.º do Cód. Civ. espanhol. Sobre as semelhanças e dissemelhanças entre os cargos, vide FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, pp. 205-206, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 87-88 e CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 238 e ss.

<sup>219</sup> Hernandez Gil esclarece que “*el curador ad litem o para pleitos es la figura que guarda más analogias com el defensor judicial de menores.*” Cfr. FELIX HERNÁNDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 202. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil II*, t. V, 2.ª ed., Sucesores de Rivadaneira, Madrid, 1912, pp. 1278-1279, entendia que o curador *ad litem* tinha como principal missão a representação de um menor em juízo, quando assim fosse necessário por razão de conflitualidade de interesses. Afastando a identidade apontada, vide FEDERICO DE CASTRO, “*El autocontrato en el Derecho privado español*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 51, vol. 76, 1927, p. 419.

<sup>220</sup> Explicando a solução legal da nomeação de um “tutor especial”, JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português anotado I*, 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 98, fundamentava-a com base no facto de a mulher estar sujeita ao marido não tendo, assim, a “liberdade necessária para defender o filho, e procuraria mesmo obter para si a indulgência do marido à custa dos direitos e interesses do filho (...).” LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II... op. cit.*, p. 187, no entanto, comentava ser de estranhar que o legislador português, “à imitação do francês, não confiasse a defesa da

A mesma solução foi depois acolhida pelo art.º 16.º do Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, que garantia para as ações deste tipo a representação do filho menor por um “tutor” nomeado pelo juiz<sup>221</sup>.

Ainda no âmbito das ações de filiação, mas a propósito da ação de investigação, o art.º 41.º do Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910 previa um regime segundo o qual em caso de conflito de interesses entre pai ou mãe e um filho menor a representação deste seria exercida por um “tutor especial”.

Escalpelizadas as origens do conflito de interesses entre representante legal e menor representado no panorama legal em vigor à data do Código de Seabra, é resultado da nossa reflexão que a nomeação de um curador especial ficara afastada como eventual solução para um tal conflito. De resto, sirvam de exemplo os artigos já mencionados, de onde flui que é principalmente o cuidado com a pessoa do filho em juízo que leva a preferir o tutor especial. Já em anotação ao art.º 153.º do Código de Seabra, José Dias Ferreira<sup>222</sup> escrevera que a lei ordenava a a nomeação de um tutor especial quando se tratava da pessoa do menor (art.º 113.º do Código de Seabra) e de um curador quando se tratava dos seus *bens* (art.ºs 55.º, 156.º, 161.º, § único, 344.º do Código de Seabra)<sup>223</sup>.

Tal é a posição que tomamos ante o problema, admitindo que o legislador acabou por atribuir aos preceitos uma configuração intencional. Na nossa interpretação, pensamos que a nomeação de um tutor especial foi aventada, ao tempo do Código de Seabra, como solução para o conflito de interesses entre representante legal e menor representado que diretamente contendesse com a pessoa deste. Por seu turno, ao conceber a figura do curador especial o legislador de 1867 fê-lo perspetivando a imagem de alguém a quem fosse confiada a representação em nome dos bens do menor representado. Assim, o tutor havia de ser dado para pessoa e o curador para uma coisa.

---

legitimidade do filho à própria mãe, pois ninguém melhor do que esta poderia fazê-lo, com perfeito conhecimento de causa, e ninguém teria nisso maior empenho, porque se trata da defesa da sua honra.”

<sup>221</sup> Cunha Gonçalves afirmava que a nomeação do tutor pelo juiz era, decerto, preferível à nomeação feita pelo conselho de família, porque sendo este organizado, na sua maioria, pelos membros da linha paterna (art.º 207.º do Código Civil de 1867), *i.e.*, pelas pessoas interessadas na negação da paternidade, sempre se levantariam suspeitas de que pudessem ser elas a escolher o protetor do filho menor. Cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II... op. cit.*, p. 186.

<sup>222</sup> Cfr. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil... op. cit.*, p. 130.

<sup>223</sup> Situando-se no direito romano, SEVERINO AUGUSTO DOS SANTOS, *Direito romano. Tutela da idade* (tutela impuberum), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 207-208, era de opinião que a curadoria surgia como “espécie de protecção dispensada a *bens* e *património* necessitados de vigilância e cuidados (...).” Sublinhado nosso.

Acolhido que seja este entendimento, certa se nos vislumbra a finalidade declarada da distinção entre nomear um curador especial e um tutor especial nos termos descritos.

O Código Civil de 1966, antes da publicação e entrada em vigor da Reforma de 1977, previa, no seu art.º 1885.º, n.º 2 a ocorrência de um hipotético conflito de interesses entre representante legal e menor representado, com o mérito “de ter chamado a si os casos especiais previstos no art.º 153.º do Código Civil de 1867, em que o poder de representação contido no poder paternal, mercê do conflito de interesses entre os pais e os filhos menores, fora substituído, pela intervenção de um curador especial chamado a defender os interesses do menor, conflitantes com os do seu representante legal.”<sup>224</sup> O art.º 1881.º, n.º 2, na versão do Dec. Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, manteve a solução, permanecendo a redação da norma ainda hoje intocável.

Atualmente é também no âmbito do direito da filiação que a ocorrência de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado cobra maior relevo prático, ao equacionar-se a atuação processual do representante legal em nome, no interesse e em vez do menor representado. Em concreto, a nomeação de um “curador especial” é exigida pelos art.ºs 1819.º, n.º 1 *in fine* (ação de investigação da maternidade), 1846.º, n.º 3 (ação de impugnação da paternidade presumida) e 1870.º (ação de investigação da paternidade)<sup>225</sup>.

Ainda noutra disposição, e referimo-nos ao art.º 1890.º, n.º 4, a lei prevê a nomeação de um “curador especial” para a hipótese de outorga de partilha extrajudicial em representação de um menor, quando a este seja deferida herança e à sucessão com ele concorram os seus representantes legais<sup>226</sup>. Todavia, julgamos não estar aqui em causa a possibilidade de um conflito de interesses surgido no exercício das responsabilidades parentais relativamente à *pessoa* dos filhos, mas antes relativamente aos seus *bens*, neste tocante traduzidos na massa hereditária que lhes haja sido deixada pelo *de cuius*<sup>227</sup>. É esta a postura que estimamos mais acertada se confrontada com a inserção sistemática do

---

<sup>224</sup> F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, p. 342.

<sup>225</sup> Para MARIA JOSÉ CAPELO, *Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 210 e ss. (nota 337), “igual solução deve, porém, considerar-se aplicável a outras situações, nomeadamente àqueles casos em que o progenitor incumbido do poder paternal esteja presente na ação como parte, por exemplo, nas hipóteses visualizadas nos art.ºs. 1822.º e 1824.º do Código Civil.”

<sup>226</sup> Cfr., coincidindo com esta solução, o art.º 7.º, n.º 1 da Lei n.º 23/2013, de 5 de março (que aprovou o Regime Jurídico do Processo de Inventário).

<sup>227</sup> A defesa de um menor incapaz mostra-se especialmente relevante em processo de inventário, no âmbito do qual se discutem os seus interesses *patrimoniais* que amiúde conflituam com os dos respetivos representantes legais.



preceito numa subsecção intitulada “Responsabilidades parentais relativamente aos bens dos filhos”.

Por tudo quanto fica dito, estranhámos que o legislador de 1966 não tenha acompanhado o pensamento de José Dias Ferreira, optando, de contrário, por desconsiderar a distinção entre a figura do curador especial e do tutor especial ao imprimir consagração legal expressa apenas à primeira, nos termos do então art.º 1885.º, n.º 2.

Retomando a lição do Autor, e lançando novo olhar aos art.ºs 1819.º, n.º 1 *in fine*, 1846.º, n.º 3 e 1870.º, não nos parece adequado continuar a proscrever a nomeação de um curador especial para as hipóteses em que, tal como nos preceitos *supra*, esteja em causa o exercício do poder-dever de representação legal relativamente à pessoa de um filho menor incapaz. Assim, da leitura das normas apontadas resulta evidente que à semelhança do que vimos decorrer dos enunciados do Código Civil de 1867 todas se dirigem à pessoa do menor e à sua especial representação processual, mais do que ao seu património.

Repisada esta advertência, pensamos que o modo curial para assegurar o superior interesse do menor em juízo, quando pelo representante legal não puder ser representado, assentará na designação de um representante especial, diferente do curador especial e mais conforme com a função que no direito português, historicamente, o tutor especial foi solicitado a desempenhar nos termos vindos de expor. Porém, veremos oportunamente também por que razão não tomamos por correta a solução de nomear um tutor especial.

## **Secção II**

### **Da necessidade de um defensor judicial**

#### **1) Apelo a uma nova terminologia**

Chegados a este ponto, estamos em condições de concluir que a solução ditada pelo n.º 2 do art.º 1881.º merece o nosso reparo. De facto, não obstante havermos demonstrado que nos ordenamentos jurídicos mais significativos do espaço europeu a figura do curador especial encontrou terra fértil para assumir uma feição legal-positiva, a verdade é que entre nós a palavra “curador especial” não tem, nos termos em que pensamos dever configurar-se a estatuição contida naquela norma, o sentido mais consentâneo com o carácter que o legislador português de 1867 quis imprimir ao cargo. De resto, vimos que o seu campo de aplicação surgiu essencialmente limitado ao cuidado com o *património* do menor representado.

Assente este pressuposto, denunciámos o erro em que repousa a solução de nomear um curador especial para obviar o défice de representação legal quando em causa esteja a pessoa, e não o espólio, de um menor incapaz. Mas se o legislador não deposita confiança no seu representante legal outra há-de ser a pessoa chamada a atuar. No entanto, não nos convence a designação que a lei lhe confere, porquanto a expressão “curador especial” traz consigo a carga ideológica do texto legislativo que originariamente a acolheu.

Não fechamos, contudo, as nossas considerações sem dar notícia de outro modo de entender a matéria. Com efeito, ignorada que seja a orientação que nas linhas precedentes expusemos<sup>228</sup>, a verdade é que, numa outra impostação do problema, não podemos deixar de estranhar a opção pela utilização indistinta da designação “curador especial” sem que a lei opere uma qualquer destrinça entre a hipótese de representação de um menor em juízo e fora dele.

Antes de tudo, e tendo por referência a experiência decalcada do direito espanhol e holandês, a primeira das alterações por nós humildemente recomendada dirige-se à necessidade de traçar uma *summa divisio* entre representação em juízo e fora dele<sup>229</sup> para limitar a atuação do representante especial a nomear ao campo puramente processual.

No entanto, o âmbito do nosso discurso não consente que desenvolvamos a temática a partir de todos os cenários em que se equaciona a ocorrência de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado<sup>230</sup>. Por isso, na impossibilidade

---

<sup>228</sup> Importa frisar, a este propósito, que vimos tratando a figura do curador especial referida apenas ao cuidado com o património de um menor incapaz. Todavia, pode esta não ser a melhor interpretação, sendo preferível caracterizar a curadoria especial como um instituto disciplinado pelo Código Civil, dirigido quer a reger a pessoa, quer a administrar os bens daquele menor. Nesta hipótese, ainda assim, mais dúvidas nos suscita a redação do art.º 1881.º, n.º 2, porquanto mesmo que a figura do curador especial seja adequada para representar a pessoa do menor, sê-lo-á apenas no âmbito do direito civil material e não já processual.

<sup>229</sup> À semelhança, aliás, do que dispõe o art.º 1956.º, al. c).

<sup>230</sup> Propondo-se estudar algumas hipóteses em que o exercício das responsabilidades parentais pode conflitar com o interesse do menor representado, Sánchez González elege para o seu estudo o conflito de interesses em matéria de “*libertad de ideologia, conciencia y religión*”. Cfr. M.ª PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “*El conflicto de intereses...*” *op. cit.*, pp. 650-660. Ainda na doutrina espanhola, acerca da questão e com mais informação sobre outros ordenamentos jurídicos europeus, vide JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 149-155. Pela nossa parte, ocorre pensar no exemplo, a propósito do qual o tema parece assumir importante relevo prático, do conflito de interesses surgido na hipótese de outorga de partilha extrajudicial de herança deferida a um menor incapaz, quando à sucessão com ele concorram os seus representantes legais. A este respeito, vide a conclusão do Ac. do TRL de 27/06/2006 (proc. n.º 4669/2006-7), disponível in <http://www.dgsi.pt>. Apontamos, ainda, o caso do conflito de interesses entre representante legal e menor representado em matéria de doações. Com efeito, a previsibilidade do conflito é acautelada pelo carácter pessoal do contrato de doação, em termos tais que “os representantes legais dos incapazes não podem fazer doações em nome destes” (art.º 949.º, n.º 2). Uma solução deste estilo é justificada pelo espírito de liberalidade constitutivo do contrato, em nada consentâneo com a *ratio* do instituto da representação legal. Queremos dizer, por outras palavras, que as liberalidades se consideram feitas a favor do donatário e não do menor incapaz cujo interesse incumbe ao representante

de aqui versar o tema com a profundidade desejável, limitar-nos-emos a refleti-lo na perspetiva do exercício do poder-dever de representação legal de um menor em juízo, por ser neste contexto que, em nossa opinião, a redação do art.º 1881.º, n.º 2 se mostra imprecisa.

Neste sentido, a nossa análise impõe-se, por exemplo, no âmbito de uma ação de investigação da maternidade<sup>231</sup> ou da paternidade<sup>232</sup>, em que a legitimidade ativa pertence ao filho<sup>233</sup> especialmente interessado (art.ºs 1814.º e 1869.º) e a propositura da ação envolve a prática de atos que reclamam um esforço processual que o menor não está habilitado a praticar.

Tratando-se de ação comum<sup>234</sup> de investigação da maternidade, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira informam que “esta acção será intentada pelo filho, em nome próprio, se já tiver capacidade judiciária, ou representado pelo Ministério Público.”<sup>235</sup>

---

legal prosseguir. Assim se explica que o representante legal não possa assumir, sem conflito de interesses, a condição de doador em nome do menor que não reúne capacidade para fazer doações, ao mesmo tempo que atua na qualidade de seu representante legal.

<sup>231</sup> No caso raro de não ter havido estabelecimento administrativo, “a maternidade pode ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito” (art.º 1814.º).

<sup>232</sup> A ação de investigação da paternidade encerra uma longa história, mas vamos apenas referi-la ao nosso direito, evidenciando o lastro diacrónico da evolução da sua admissibilidade. Na vigência do Código de Seabra, reflexo do princípio proibitivo que a legislação revolucionária francesa introduziu nos sistemas jurídicos latinos, a investigação da paternidade era proibida, salvo nos casos excepcionais de escrito do pai, posse de estado, estupro violento e rapto. O autor do Código justificou um tal regime com a ideia de que não era possível demonstrar a existência do vínculo biológico, porquanto a imposição judicial da paternidade envolvia o perigo de um homem ser obrigado a reconhecer um filho quando não se dispusera a perfilhá-lo. Só o amor paternal e a consciência do homem podiam, portanto, legitimar o estabelecimento da paternidade. A proibição de investigar manteve-se sem alteração até à entrada em vigor do Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910, diploma que alargou o elenco das causas de admissibilidade da ação à hipótese de sedução com abuso de autoridade, abuso de confiança ou promessa de casamento e à hipótese de convivência notória. No Código Civil de 1966, o regime manteve-se como era, não obstante a ação ter passado a ser admitida também nos casos de concubinato simples e de sedução simples. A proibição do reconhecimento forçado continuava, assim, a não dar expressão plena ao direito de investigar o vínculo biológico da paternidade. Foi então que a Reforma de 1977 suprimiu o preceito que enunciava as condições de admissibilidade da investigação judicial da paternidade, louvando-se no critério da procura da verdade biológica em lugar da autonomia e liberdade civil do progenitor, até aí admitido a decidir do reconhecimento jurídico da filiação. Para uma pormenorizada nótula histórica, vide F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II, Direito da Filiação*, t. I, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 204-209.

<sup>233</sup> No art.º 38.º do Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910 era expressamente admitida a possibilidade do nascituro intentar uma ação de investigação. Não foi esta, contudo, a orientação seguida pelos textos legislativos posteriores, perguntando-se que pensamento teria querido vazar-se através da eliminação de uma tal possibilidade. Propondo-se compreender a intenção do legislador, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira nela não se reveem, pois “mesmo antes do nascimento pode haver interesse em convencer um homem das suas responsabilidades (...).” Os Autores observam, no entanto, que a ser admitida a propositura da ação, “teríamos que antecipar também o estabelecimento da maternidade, que seria pedido conjuntamente com o estabelecimento da paternidade.” Cfr. F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II... op. cit.*, p. 211.

<sup>234</sup> Distingue-se da ação especial de investigação da maternidade, esta que assume um carácter peculiar pela circunstância de o filho ter nascido ou ter sido concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe, ou ainda por o filho ter sido perfilhado por pessoa diferente do marido da mãe (art.ºs 1822.º e ss.).

<sup>235</sup> F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II... op. cit.*, p. 73.

Já a ação de investigação da paternidade, sendo o filho menor incapaz, será proposta pelo respetivo representante legal<sup>236</sup>. Nestas condições, e admitindo que a ação será intentada, normalmente, quando a maternidade está já reconhecida (art.ºs 1869.º e 1910.º), a representação cabe à mãe<sup>237</sup>. Esta solução, no entanto, não parece razoável, dada a possibilidade de existir um conflito de interesses entre o representante legal e o menor representado<sup>238</sup>.

É especificamente neste quadro que situamos os casos em que a mãe não quer identificar o pai biológico do filho menor investigante. Com efeito, é possível delinear algumas situações de facto que explicam a negação da mãe em revelar a identidade do pai e, por conseguinte, em querer ver assumido o estatuto jurídico correspondente.

No contexto aqui em exame, vem a propósito lembrar que a mãe pode optar voluntariamente por evitar o reconhecimento jurídico da verdade biológica em razão de ameaças do presuntivo pai ou motivada por quaisquer outras circunstâncias do foro íntimo. Pode a mãe, por exemplo, querer evitar o reconhecimento da filiação biológica porque o filho de cuja paternidade se trata é fruto de uma relação incestuosa. Por conseguinte, o preconceito de o potencial pai estar incestuosamente envolvido com a mãe suplanta a razão daquela que devia defender com primazia o interesse do filho, que nesta circunstância não pode ser acautelado por via de um processo pelo qual o Ministério Público tente estabelecer a paternidade do filho investigante<sup>239</sup>.

Na hipótese focada, o interesse pessoal e autónomo da mãe em desconhecer ou

---

<sup>236</sup> O art.º 1869.º reconhece ao filho, ainda que menor, o direito de investigar a sua paternidade. Sendo, todavia, menor só pode estar em juízo através do seu representante legal (art.º 16.º do CPC). Cfr., neste sentido, o Ac. do STJ de 15/10/1980 (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115.º, n.º 3695, p. 61).

<sup>237</sup> Lembre-se, a propósito, que a lei cuidou da hipótese de a mãe ser, por sua vez, menor, impondo a nomeação de um “curador especial” que a represente processualmente, em lugar do seu respetivo representante legal (art.º 1870.º). Quanto a nós, pensamos que em vez daquele deve atuar um *defensor judicial*.

<sup>238</sup> Vide, neste sentido, MARIA JOSÉ CAPELO, *Interesse processual... op. cit.*, pp. 210 e ss. (nota 337).

<sup>239</sup> Apesar do “biologismo” em que se inspirou a Reforma de 1977 na área da lei da filiação, a procura da verdade biológica depara-se com limitações de ordem social, que a lei aceita como sendo de maior interesse público do que aquela. Uma delas é a que resulta da proibição do incesto. Com efeito, depois do Código de Seabra afirmar especificamente que a filiação das crianças incestuosas não podia ser reconhecida por lei e de, um século mais tarde, o Código Civil de 1966 permitir o reconhecimento da filiação de tais crianças, mas só por relação a um dos progenitores, a Reforma de 1977, passando embora a admitir que a maternidade e a paternidade das crianças incestuosas sejam estabelecidas quer por perfilhação quer por ação judicial de investigação que resultem da vontade e da iniciativa dos interessados, não quis impor aos particulares a revelação do incesto através de um processo de averiguação oficiosa desencadeado pelo Ministério Público (art.º 1866.º, al. a)), “com o risco de produzir traumatismos que o culto da verdade biológica não compensaria.” Cfr. F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II... op. cit.*, p. 198. Assim, a eventual relação incestuosa entre a mãe e o pretense pai constitui impedimento à propositura da ação de investigação da paternidade pelo Ministério Público, prevalecendo a ocultação da progenitura sobre a predominância típica da verdade biológica.

ocultar a identidade do pai conflitua com o interesse do filho na procura da verdade biológica, daí que a sua representação ativa em juízo se queira exercida por pessoa diferente da mãe, sob pena de a ação de investigação ser votada ao fracasso.

Neste domínio, relembramos, o art.º 41.º do Dec. n.º 2 de 25 de dezembro de 1910 preceituava que, nas ações de investigação, em caso de conflito de interesses entre o filho menor e a mãe ou o pai a representação do menor seria assegurada por um “tutor especial”.

Hoje, no âmbito do Código Civil, a ocorrência de um conflito de interesses que comprometa a representação do filho menor interessado numa ação de investigação da paternidade não é diretamente precavida<sup>240</sup>. Ainda assim, o que ficou escrito deixa perceber que nos parece oportuno abraçar a hipótese de nomear um representante especial ao menor, em obediência ao regime excecional a que o n.º 2 do art.º 1881.º sujeita o exercício do poder-dever de representação<sup>241</sup>.

Vale a pena sublinhar que a exposição anterior se fez no pressuposto da maternidade já reconhecida. Se, porém, o vínculo biológico da maternidade não se encontrar ainda reconhecido e a mãe for omissa é o Ministério Público que tem o dever de assumir a representação do menor autor, na sua qualidade de representante geral dos incapazes (art.º 5.º, n.º 1, al. c) da Lei 9/2011, de 12 de abril)<sup>242</sup>. Fora deste cenário, a conciliação dos interesses em conflito é melhor alcançada através da nomeação de um representante especial que processualmente represente o menor incapaz.

Isto dito, insistimos na necessidade da dicotomia proposta *supra* para acentuar que a nomeação de um representante especial vai apenas restrita à relação processual em que um menor incapaz figura como parte e não pode, por colisão de interesses, ser processualmente representado pelo respetivo representante legal. Por outras palavras,

---

<sup>240</sup> Cfr., no entanto, o que *supra* se disse a respeito da opção legal tomada no art.º 1870.º.

<sup>241</sup> A atribuição da representação do menor em juízo a pessoa diferente do seu representante legal é uma opção igualmente abraçada por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, no ordenamento jurídico suíço nunca o filho menor incapaz é representado pelo pai ou pela mãe nas ações de filiação. Antes esta incumbência é assumida por um curador, nomeado por uma autoridade tutelar, ou por um tutor se as responsabilidades parentais forem por ele exercidas. O art.º 331.º, § 6 do Cód. Civ. belga consagra a representação dos incapazes pelos seus representantes legais, salvo se houver conflito de interesses. Nesse caso, a representação é confiada a um tutor *ad hoc*. Em Itália, de acordo com o art.º 273.º, § 1 do *Codice Civile*, a representação de um filho menor nas ações de investigação da maternidade e da paternidade é encabeçada pelo progenitor que exerce as responsabilidades parentais ou por um tutor. Este, contudo, está dependente de autorização do juiz que, em seu lugar, pode optar por nomear um “*curatore speciale*”. Já na Alemanha, e no contexto de uma ação de impugnação da paternidade presumida, o legislador admite que o filho menor seja representado pelo seu representante legal, fazendo-se todavia necessário o consentimento do tribunal – § 1596 (1) do BGB – que apura se a ação de impugnação não contraria o interesse do filho.

<sup>242</sup> Uma solução deste tipo encontramos defendida em F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II... op. cit.*, p. 210.

queremos esclarecer que a atuação do representante especial a nomear será exclusivamente dirigida a garantir a *legitimatío ad processum* do sujeito menor de idade, sem a aspiração de interferir nos demais atos da sua vida civil, esta que é, em bom rigor, a esfera de intervenção do curador especial. Tal a razão que aduzimos em defesa de uma salutar mudança da terminologia utilizada para exprimir a natureza da figura que vimos deixar à consideração<sup>243</sup>.

Ocorre assim observar que a função que pretendemos atribuir à pessoa chamada a ocupar o cargo não é a de um verdadeiro curador especial tratando-se, por isso, de aperfeiçoar a redação do preceito, também com o fim de evitar o desvirtuamento desta figura.

Em Espanha, por exemplo, o representante especial de que falamos recebe uma denominação diversa daquela que ainda lhe é conferida pela nossa lei, apresentando-se sob a designação de “defensor judicial de menores”. Pela nossa parte, esta é a terminologia que melhor se adequa às exigências reclamadas pelo conflito de interesses entre representante legal e menor representado em matéria de representação em juízo. Todavia, e se bem julgamos, no contexto do nosso ordenamento jurídico redundaria desnecessário o acrescento da palavra “menores”, uma vez que o âmbito subjetivo do conflito não se circunscreve aos sujeitos menores de idade, conforme decorre do n.º 2 do art.º 1881.º, e não existe a previsão de outra figura com a qual a instituição do *defensor judicial* se possa confundir<sup>244</sup>.

Nestes termos delimitado o universo problemático da nossa investigação, ensaiaremos agora uma solução distinta da que nos oferece o n.º 2 do art.º 1881.º.

## 2) Conceito e natureza jurídica

Para efeitos de representação em juízo de um menor em conflito de interesses com o representante legal, propusemo-nos superar a terminologia utilizada pelo legislador no texto do art.º 1881.º, n.º 2. Assim, parece ser de acolher entre nós a expressão *defensor judicial* tal qual goza de grande favor no direito espanhol. Isto dito, será a estoura luz que irá agora focar-se o nosso trabalho, na tentativa de ensaiar uma caracterização sintética da figura.

---

<sup>243</sup> O juízo que nos merece resultará do que havemos de dizer quando for tempo de tomar posição sobre as suas competências.

<sup>244</sup> Cfr. *supra* p. 30.

Desde logo, destacamos a sua natureza excecional<sup>245</sup>, ao concebermos o *defensor judicial* como o representante especial de um menor em situação de conflito de interesses com o representante legal. Na verdade, a regra geral é a representação legal pelos pais (art.º 1881.º, n.º 1) e a exceção será a representação pelo *defensor judicial* enquanto representante processual *ad hoc*<sup>246</sup>.

Depois, para evidenciar a singularidade da figura, afastamo-la de institutos análogos, como sejam o tutor especial ou *ad hoc*<sup>247</sup> e o protutor (art.ºs 1955.º e 1956.º).

Com efeito, cumpre-nos advertir que estamos ainda no âmbito das responsabilidades parentais, e não da tutela, uma vez que, também para nós, a nomeação de um *defensor judicial* apenas suspenderá temporalmente o exercício daquelas, não pressupondo a sua inexistência nem o excluindo<sup>248</sup>. Não nos convence, portanto, a hipótese de nomear um tutor *ad hoc*.

Rejeitamos igualmente a coincidência entre o *defensor judicial* e o protutor. Pese embora participem de uma mesma causa de nomeação – existência de um conflito de interesses (art.ºs 1881.º, n.º 2 e 1956.º, al. c)) – e comunguem de, pelo menos, uma finalidade – dirimir tal conflito –, certo é que as duas figuras se movem em esferas jurídicas distintas<sup>249</sup>. Para lá disso, não podem confundir-se porque, ao invés dos termos em que se recorta a nomeação do *defensor judicial* na perspetiva que vimos expondo, o protutor enquanto órgão tutelar, não se concebe isoladamente para a representação em juízo, sendo-lhe legalmente confiadas outras atribuições nos termos dos art.ºs 1955.º e 1956.º, als. a) e b). Em boa verdade, a categoria do *defensor judicial* terá um rasgo de compreensão menos amplo face à figura jurídica do protutor.

---

<sup>245</sup> Em sentido coincidente, Chico y Ortiz escreveu que “*la figura del defensor judicial de menores (...) es calificada doctrinal y jurisprudencialmente como un caso de representación especial, anormal o excepcional (...)*.” Cfr. JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, “*El defensor judicial de menores y el registro de la propiedad*”, *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 49, 1970, p. 389. Porém, o carácter excecional reconhecido à representação confiada ao defensor foi colocado em tela de juízo por EUGENIO LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium Editorial, Madrid, 1993, p. 73 e MARIANO ALONSO PÉREZ, “*El patrimonio de los hijos...*” *op. cit.*, p. 26.

<sup>246</sup> Clarificaremos oportunamente a ideia que pretendemos veicular com esta nossa asserção.

<sup>247</sup> Cfr. *supra* nota 211.

<sup>248</sup> Neste sentido, vide FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 205 e JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, “*El defensor judicial...*” *op. cit.*, p. 389.

<sup>249</sup> Nas palavras de LUIS PUIG FERRIOL, “*Comentario al art. 299 Cc.*”, in *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: ley 51/982 de 13 de julio de 1982 y ley 13/983 de 24 de octubre de 1983*, Tecnos, Madrid, p. 766, “*una cosa son las funciones de fiscalización de la tutela (...) y otra cosa distinta son las funciones de sustitución en caso de oposición de intereses.*”

Ora, se propomos o instituto do *defensor judicial* para atuar no contexto das responsabilidades parentais, e se aí não existe tutor especial nem protutor<sup>250</sup>, então parece justificada a nomeação daquele sempre que se conclua pela existência de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado para efeitos da sua representação em juízo.

### 3) Pressupostos de atuação

#### 3.1) Conflito de interesses: conceito e âmbito

##### 3.1.1) Conceito

Impõe-se-nos, neste sede, clarificar o alcance da expressão “conflito de interesses”. Assumindo o legislador civil português a opção de não se pronunciar sobre o conceito, também não nos auxilia a doutrina, pois que do assunto não se tem ocupado, pelo menos de forma a esgotá-lo<sup>251</sup>.

Não obstante, o Código das Sociedades Comerciais português contempla uma norma fundamental nesta matéria: o art.º 251.<sup>o252</sup>. No seu n.º 1, lê-se que “o sócio não pode votar nem por si, nem por representante, nem em representação de outrem, quando, relativamente à matéria da deliberação, se encontre em situação de conflito de interesses com a sociedade.” Afirmada a regra geral, o preceito continua com a enumeração exemplificativa dos casos em que se acha verificada uma situação de conflito de interesses, sendo o caso previsto na al. b) do n.º 1 do artigo<sup>253</sup> aquele que mais se aproxima, em nosso entender, do conflito de interesses entre representante legal e menor representado.

---

<sup>250</sup> Na tutela, a existência da figura do protutor torna desnecessária a nomeação de um representante especial quando os interesses do menor estejam em oposição com os do tutor, pois nos termos do art.º 1956.º, al. c) a representação do menor nestas circunstâncias é competência do protutor.

<sup>251</sup> Devemos alertar para a escassa produção doutrinal interna sobre o assunto. Não existe, que saibamos, qualquer texto que direta e expressamente se refira ao tema versado. Apenas lhe encontramos uma referência, indireta, em HELENA MOTA, *Do Abuso de Representação... op. cit.*, pp. 137 e ss. e ALEXANDRE CABRAL CAMPELO, “Contrato consigo mesmo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 7, 1947, pp. 246-267.

<sup>252</sup> Diretamente aplicável às sociedades por quotas e, por remissão dos art.ºs 189.º, n.º 1 e 474.º do CSC, às sociedades em nome coletivo e em comandita simples.

<sup>253</sup> “Litígio sobre pretensão da sociedade contra o sócio ou deste contra aquela, em qualquer das qualidades referidas na alínea anterior, tanto antes como depois do recurso a tribunal.” Um exemplo concreto desta *fattispecie* pode ser “o conflito que opõe o *interesse do sócio* em permanecer na sociedade (ou, pelo menos, em não sair dela sem ou contra a sua vontade) ao *interesse da sociedade* em afastar o sócio.” Cfr. CAROLINA CUNHA, “A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas)” in Alexandre Soveral Martins *et al*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, org. Problemas do Direito das Sociedades, 2.ª reimpr., Almedina, Coimbra, p. 207.



Na verdade, se no direito societário a existência de um conflito de interesses impede o exercício do direito de voto, nas relações entre pais e filhos conclui-se pela impossibilidade do exercício objetivo do concreto poder-dever de representação legal perante a hipótese de um alegado conflito de interesses entre representante legal e menor representado.

Não havendo, porém, qualquer orientação no sentido de esclarecer o que significa exatamente a expressão utilizada no art.º 1181.º, n.º 2, pensamos que os tribunais são o local próprio para se obter, caso a caso, uma definição consistente.

Fora das nossas fronteiras, a doutrina espanhola revela-se preocupada com a definição do conceito em estudo e, auxiliada pela prática judicial espanhola, demonstra, por um lado, que este tipo de conflito incide sobre matérias variadas, designadamente sobre matéria sucessória<sup>254</sup>, e, por outro lado, que não logra êxito a edificação de um conceito geral<sup>255</sup> válido para toda e qualquer situação, sempre havendo que atender ao circunstancialismo do caso<sup>256</sup>.

Em concreto, existe um conflito desta natureza quando, devendo por lei representar os interesses do menor, a intervenção do representante legal denota um

---

<sup>254</sup> Salientando que “*es fundamentalmente en las particiones hereditarias y en las situaciones que incidentalmente se plantean con ocasión de la misma donde la oposición de intereses se muestra con una mayor incidencia*”, Moreno Martínez comprova-o com exemplos reais colhidos na jurisprudência espanhola. Cfr. JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, op. cit., pp. 124 e ss.

<sup>255</sup> “*Es difícil (...) sujetarse en esta materia a reglas generales, y parece que, en definitiva, habrá siempre que ponderar las circunstancias que en el caso concreto concurren, para determinar si entre unos padres y un menor determinado existe oposición de intereses.*” Cfr. JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, “*Comentario al artículo 163*”, in *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales II*, dirigidos por M. Albaladejo, t. III, Madrid, 1982, p. 191.

<sup>256</sup> “*La razón es clara: se trata de una situación que hay que calificarla de acuerdo con cada caso particular.*” Cfr. CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, op. cit., p. 61. No mesmo sentido, Sancho Rebullida afirma que “*(...) el problema es típicamente casuístico*”. Cfr. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO et al, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 749. Considerando que deve deixar-se a concretização do conceito ao exame da jurisprudência, vide FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” op. cit., p. 209, LUIS PUIG I FERRIOL, “*Comentario al art. 299 Cc.*” op. cit., p. 768, JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, “*Comentario al artículo 163*” op. cit., p. 191 e, do mesmo Autor, *La patria potestad*, Madrid, 1960, p. 222.

abandono do princípio do superior interesse do menor e a prossecução de fins próprios<sup>257</sup>, ou de terceiros<sup>258</sup>, com perda de objetividade no cumprimento da sua missão<sup>259</sup>.

Em Itália, Salvatore Pugliatti considera que o facto de o representante legal ter um interesse oposto<sup>260</sup>, não cuidando exclusivamente de realizar o interesse do representado, constitui um dano em sentido jurídico, traduzido no exercício ilegítimo do poder de representação para a satisfação de fins distintos daqueles que justificaram a sua outorga<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> M.<sup>a</sup> PAZ SANCHÉZ GONZÁLEZ, “*El conflicto de intereses...*” *op. cit.*, p. 645, admite ocorrer um conflito de interesses “*cuando los padres tuvieran un interés directo y personal en el mismo asunto en el que intervienen representando a los intereses del menor.*”

<sup>258</sup> JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.<sup>a</sup> JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, p. 86, escrevem que “*el conflicto se presenta cuando (...) la intervención de aquél [representante legal] denota o demuestra (...) el seguimiento de otros fines que, a la postre, acaban defendiendo otros intereses, propios del representante, o de un tercero (...).*” A mesma posição é assumida por FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 212, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 96-98 e ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil II*, trad. por Ramón Serrano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1929-1931 (reimp. 1944-45; 1977-79), p. 965. Os terceiros a que se alude podem ser outros filhos sujeitos às responsabilidades parentais do mesmo representante legal.

<sup>259</sup> Cfr. REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, p. 39. FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 210, define “*conflicto de intereses*” como “*el choque de los intereses personales del padre com los del hijo, de modo que, necesariamente, en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos.*”

<sup>260</sup> HELENA MOTA, *Do Abuso de Representação... op. cit.*, p. 143, escreve que “o que parece fundamental, e se extraí da própria expressão «conflito», é a oposição entre representante e representado, ambos querendo coisas diferentes, opostas e inconciliáveis.” Na doutrina espanhola, é opinião unânime que só a oposição de interesses suscita a aplicação do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol. Não releva, assim, a reciprocidade, concorrência ou coincidência de interesses. Cfr. FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, pp. 210-211, JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.<sup>a</sup> JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, p. 85, M.<sup>a</sup> PAZ SANCHÉZ GONZÁLEZ, “*El conflicto de intereses...*” *op. cit.*, p. 646, CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 62-63 e 65-68 e JERONIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “*El defensor judicial*”, in *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1930, p. 245.

<sup>261</sup> Cfr. SALVATORE PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965, p. 121. A este propósito, JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.<sup>a</sup> JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal... op. cit.*, pp. 84-85, alertam para a difícil distinção entre conflito de interesses e abuso de poder na representação legal. Os Autores explicam que as dificuldades em distinguir uma e outra realidade se agudizam na esfera da representação legal, na medida em que não podendo o menor representado atuar por si a atuação do representante legal é crucial para o destino da sua pessoa e dos seus bens. Desta forma, a prossecução de um interesse oposto ao do representado pode reconduzir-se, com maior propriedade, ao âmbito do abuso de representação. O direito italiano, por sua vez, configura o abuso de representação como um conflito de interesses entre o representante e o representado. Com efeito, há abuso de representação quando o representante, atuando embora dentro dos limites formais dos poderes que lhe foram atribuídos, utiliza conscientemente esses poderes em sentido contrário ao fim representativo, ou seja, em claro desvio à satisfação do interesse do representado. Na lei portuguesa, o abuso de representação é tratado consabidamente no art.º 269.º. Sobre a figura, vide, na doutrina, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral... op. cit.*, p. 550, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 2.ª ed., LEX, Lisboa, 1996, p. 181, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II: *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 393-396 e HELENA MOTA, *Do Abuso de Representação... op. cit.*, pp. 135 e ss.

### 3.1.2) Âmbito

#### 3.1.2.1) Subjetivo

O pressuposto de facto tipificado no art.º 1881.º, n.º 2 exige que o conflito se verifique “entre qualquer dos pais<sup>262</sup> e o filho sujeito às responsabilidades parentais, ou entre os filhos<sup>263</sup>, ainda que, neste caso, algum deles seja maior”.

#### 3.1.2.2) Objetivo

Sobre a delimitação objetiva do “conflito de interesses”, o legislador não refere qualquer expressão que transpareça uma preferência pela sua natureza patrimonial ou não patrimonial. É, pois, sobre esta omissão que nos propomos pronunciar na tentativa de superar as dificuldades dogmáticas que a este propósito se levantam, mais uma vez, no seio da doutrina espanhola face ao silêncio do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol.

---

<sup>262</sup> Na doutrina espanhola, FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 212, lembra “*que tanto el Proyecto de 1851 como el art. 165 del Código civil, en su primera edición, constreñían su ámbito al supuesto de que el padre tuviera un interés opuesto, excluyendo la representación excepcional del defensor cuando fuera la madre quien tuviera intereses opuestos.*”

<sup>263</sup> Assim também nos termos do art.º 320.º do *Codice Civile*. Ao invés, o Código Civil espanhol e o Código de Família da Cataluña não prevêm uma solução para o conflito de interesses que possa surgir entre filhos cuja representação legal corresponda ao mesmo ou aos mesmos progenitores. Em 1978, Castán Vázquez propôs ao Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación a adição de um parágrafo ao art.º 157.º do CFC, concretizado nos seguintes termos: “*Si el conflicto de intereses se planteara entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres, procederá nombrar defensor para cada uno de dichos menores.*” Cfr. JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, “*Comentario al artículo 163*” *op. cit.*, p. 195. Tal proposta, porém, não mereceu a adesão da Comisión General de Codificación. M.ª PAZ SANCHEZ GONZÁLEZ, “*El conflicto de intereses...*” *op. cit.*, p. 648, é de opinião que “*en estos casos, y por razones obvias, el titular de la patria potestad no podrá representar adecuadamente los intereses de uno de sus hijos sin entrar en abierto conflicto con los intereses del outro.*” Para a Autora, a solução passa pela aplicação analógica, com as necessárias adaptações, do art.º 157.º do CFC. São já em maior número os autores espanhóis que rejeitam a necessidade de nomear um defensor na hipótese em apreço. Sustentam, assim, que não é possível a convocação analógica dos preceitos normativos que admitem a sua nomeação, seja porque o carácter excepcional da representação legal que lhe é confiada não autoriza a extensão do conflito de interesses aos casos em que este se verifica entre filhos submetidos às mesmas responsabilidades parentais, seja porque mesmo a admitir-se um conflito de interesses nestas circunstâncias podem os pais ser os melhores dirimentes do conflito. *Vide*, por todos, REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal...* *op. cit.*, p. 44 (nota 156). Contudo, e como bem nota CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 92, não admitir a nomeação de um defensor para o caso omissivo do conflito de interesses entre filhos, apenas porque o legislador dele não se ocupou, significa obrigar os pais a resolver o conflito, “*y la solución pasará, necesariamente, por beneficiar el interés de uno de los hijos en perjuicio del interés del outro, determinando que sean los progenitores quienes, sin tener intereses contrapuestos con los hijos, entren en conflicto con uno de ellos – el perjudicado – cumpliéndose el supuesto legal del artículo 163 Cc.*” Afastar a opção de nomear um representante judicial é, pois, contraproducente, na medida em que, aberto o conflito de interesses entre qualquer um dos pais e qualquer um dos filhos, a lei comete a representação a pessoa diferente daqueles que conservam a titularidade das responsabilidades parentais, obrigando precisamente à sua nomeação com fundamento análogo ao do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol.

Em bom rigor, a querela posiciona-se entre a limitação da aplicação do conceito ao conflito de interesses de natureza patrimonial<sup>264</sup> e a sua extensão a toda a espécie de conflito, independentemente da sua índole patrimonial ou não patrimonial.

Antes da Reforma do Código Civil espanhol de 1981, operada pela Ley 30/1981, de 7 de julio, a doutrina<sup>265</sup> entendia que a localização sistemática do então art.º 165.º do diploma<sup>266</sup> no capítulo “*De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos*” era razão bastante para restringir a aplicação do referido preceito ao conflito de interesses patrimoniais<sup>267</sup>. Outros argumentos militavam a favor da tese da aplicação restrita. Assim, a interpretação da palavra “*asunto*” não podia alhear-se da redação das normas precedentes, centradas na disciplina relativa aos bens dos filhos, nem tampouco podia ignorar o advérbio “*siempre*”, pois, nas palavras de Hernandez Gil, “*se si estima que con la expresión «algún asunto» há querido decir-se «cualquier asunto», también habrá de aceptar-se la oración en su integridad, esto es, para significar «siempre que en cualquier asunto», con lo que la extensión sería extraordinaria y desvirtuaría la especial naturaleza del cargo de defensor.*”<sup>268</sup> Mais ainda, para confirmar a natureza patrimonial do conflito, invocava-se o contexto histórico-legislativo em que despontou a norma. Neste sentido, os já mencionados art.ºs 1853.º da LEC de 1881 e 159.º do Proyecto de 1851, ao preverem a nomeação de um “curador”, permitiam concluir, na opinião do último Autor citado<sup>269</sup>, pela exclusão dos interesses não patrimoniais da órbita da expressão “*algún asunto*”. Corroborando esta posição, o Tribunal Supremo Espanhol<sup>270</sup> considerou existir um conflito de interesses quando a sua resolução contenda com interesses de natureza patrimonial<sup>271</sup>. Distanciando-se desta linha de pensamento,

---

<sup>264</sup> Sobre a doutrina que alinha pela posição exposta no texto, vide CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, op. cit., p. 96 (nota 84).

<sup>265</sup> Cfr. JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ, “*El deber de representación en la patria potestad: flexibilidad*”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 1155-1156 e FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” op. cit., p. 207. Contra, FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...* op. cit., p. 1147, considerava que o código não autorizava a distinção, bastando que existisse conflito de interesses em “*algún asunto*”.

<sup>266</sup> Correspondente ao atual art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol.

<sup>267</sup> Criticando a inserção sistemática da norma, Sánchez Román entendia que “*quizá hubiera figurado mejor colocado este precepto como excepción de aquella falta de representación que menciona el número 1.º del artículo 155, que no com aquella especial aplicación a dichos efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos.*” Cfr. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil...* op. cit., p. 1147.

<sup>268</sup> FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” op. cit., p. 208.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> Cfr. a STS de 06/11/1934, publicada em *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 215, 1934, pp. 477-494.

<sup>271</sup> Já antes JERONIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “*El defensor judicial*” op. cit., p. 257, escrevera que “*existirán intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo.*” Foi aliás este Autor que, na opinião da jurisprudência espanhola, ofereceu a definição adequada do conceito, literalmente transcrita pela decisão *supra* citada.

Manresa oferecia um conceito sem restringir o conflito de interesses ao âmbito patrimonial<sup>272</sup>.

Depois da Reforma de 1981, o direito civil espanhol mostra-se hoje permeável ao acolhimento da tese da interpretação extensiva. A seu favor, esgrime-se o argumento de que o art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol se situa agora no capítulo relativo à representação legal dos filhos<sup>273</sup>. Ademais, não se pode surpreender no teor literal da norma motivos para afastar a sua aplicação alargada. Deste modo, as expressões “*algún asunto*” e “*interés opuesto*” são suscetíveis de abranger tanto interesses patrimoniais como interesses não patrimoniais, exigindo-se apenas a verificação de um conflito de interesses no âmbito da atuação representativa dos progenitores<sup>274</sup>.

Da mesma forma, e em paralelo, o art.º 1881.º, n.º 2 insere-se numa secção designada “Responsabilidades parentais” e serve-se da expressão “conflito de intereses” sem a qualificar quanto à sua natureza<sup>275</sup>. Tal facto, contudo, não representa propriamente uma omissão do legislador, podendo até ter sido de caso pensado que se deixou o ponto em aberto. Mas sendo erróneo supor que o silêncio da lei nos vincula ao repúdio de qualquer uma das orientações expostas, manifestamos a nossa concordância com a interpretação extensiva da locução “conflito de intereses”.

Outra questão ainda se coloca: consiste ela em saber em que momento se aprecia o conflito. A este respeito, a doutrina espanhola maioritária<sup>276</sup> sustenta que, para efeitos de aplicação do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol, o conflito de interesses deve ser real,

---

<sup>272</sup> “*Cuando el interés personal del padre se encuentre en antítesis con el de sus hijos, de modo que el primero para proveer a su propia defensa, se ve constreñido a agravar la condición o posición de los segundos, correspondiendo a las ventajas del uno el daño de los otros.*” Cfr. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, “Comentario al artículo 165”, in *Comentarios al Código Civil español II*, Reus, Madrid, 1957, p. 77. Alargando igualmente o âmbito objetivo do conflito aos interesses não patrimoniais, vide CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, op. cit., p. 73 e LUIS JIMÉNEZ ASENJO, Voz: “*Defensor judicial*” op. cit., p. 344.

<sup>273</sup> Cfr. LUIS JIMÉNEZ ASENJO, Voz: “*Defensor judicial*” op. cit., pp. 344-345 e JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO et al, *Elementos de Derecho Civil IV...* op. cit., p. 748.

<sup>274</sup> Cfr. REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal...* op. cit., p. 39, JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO e M.ª JOSÉ ALGUACIL GARCIA, *La representación legal...* op. cit., p. 86, CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, op. cit., p. 95 e, na doutrina italiana, SANDRO NARDI, “*La rappresentanza del minore nei procedimenti di divorzio e di separazione alla luce della legge sull'affidamento condiviso: un'ulteriore occasione mancata*”, *Civitas et Justitia*, 2007, pp. 4-6.

<sup>275</sup> Cfr., em igual sentido, o art.º 389.º-3 do *Code Civil*. Já o art.º 320.º, § 6 do *Codice Civile* refere-se expressamente a “*conflitto di interessi patrimonial*”. Não obstante, Cicu esclarece que “*il conflitto può anche esser di carattere morale, como nel caso di esercizio del diritto di querela.*” Cfr. ANTONIO CICU, “*La Filiazione*”, in *Trattato di Diritto Civile Italiano III*, dirigido por Filippo Vassali, t. II, fasc. 1.º e 2.º, Torino, 1969, p. 377.

<sup>276</sup> Cfr. FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” op. cit., p. 211, JOSÉ MARIA CHICO Y ORTIZ, “*El defensor judicial...*” op. cit., p. 395 e CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, op. cit., pp. 76-77.

atual e efetivo, descartando-se a mera probabilidade da sua ocorrência. Em subsídio deste discurso é procedente uma razão de ordem literal. Assim, a norma não autoriza a considerar como “*interés opuesto*” o interesse futuro e hipotético, mesmo que previsível, porque nela se lê “(...) *tengan un interés opuesto (...)*”. Equivale isto a dizer que a conjugação do verbo *ter* no presente do indicativo afasta qualquer oposição de interesses que pais e filhos possam ter, pois não parece que a presunção hipotética da sua ocorrência seja determinante para modificar o funcionamento do instituto da representação legal.

A orientação do nosso Código é diferente: o legislador furtou-se a inserir na letra do art.º 1881.º, n.º 2 a mesma fórmula, preferindo a forma verbal “se houver”. Absorve-se daqui, se bem cuidamos, a opção por uma medida preventiva, fundada no receio de que a atuação representativa dos pais, cujos interesses colidam com os dos filhos, não se baseie na consideração destes.

#### **4) Configuração**

##### **4.1) Instituição do cargo**

###### **4.1.1) Nomeação judicial**

A ser acolhido de *lege ferenda* o nosso contributo, cabe-nos esclarecer em que termos se efetuará a nomeação de um *defensor judicial*.

Para se atingir o espírito dos art.ºs 1881.º, n.º 2 e 17.º, n.º 3 do CPC estamos certos que compete ao tribunal o esforço de diligenciar pela pessoa que estime mais idónea para o cargo<sup>277</sup>. Segue-se daqui que o legislador português se afastou da doutrina francesa que preconizava a competência do conselho de família para nomear um representante especial ao menor em conflito de interesses com o representante legal<sup>278</sup>. Na verdade, e não

---

<sup>277</sup> Reconhecendo uma exclusiva competência judicial nesta matéria, vide FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 203 (nota 4), JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ, “*El deber de representación...*” *op. cit.*, p. 1157, CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 152 e FERRUCCIO TOMMASEO, “*Rappresentanza...*” *op. cit.*, p. 41. Na jurisprudência espanhola, a STS de 09/05/1968 asseverou que a nomeação de um defensor judicial “*es atributo exclusivo de la autoridad judicial*”. Cfr. a STS de 09/05/1968, disponível in <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>278</sup> “O conselho de família nos moldes em que funcionava no Código de Seabra há muito que era objecto de críticas. Já em 1984 José Dias Ferreira escrevera que o conselho de família, criado pelo Código Civil Francês, na prática não dava melhor resultado do que o antigo sistema, que confiava só aos juízes e aos tribunais a fiscalização dos interesses dos órfãos.” Cfr. ANTÓNIO PAIS DE SOUSA, *Da Incapacidade Jurídica...* *op. cit.*, pp. 172-173. Referindo-se ao conselho de família como uma “velharia que nos legou o Código napoleónico, e que aceitámos com quebra da nossa tradição jurídica”, Pires de Lima não condescendeu com a sua manutenção. Cfr. F. A. PIRES DE LIMA, “*Filiação...*” *op. cit.*, p. 33.

obstante a denominação legal, o conselho de família é um conselho de tutela<sup>279</sup> e a ausência de uma situação de natureza tutelar justifica que não se convoque este órgão somente para o chamar à nomeação de um *defensor judicial*<sup>280</sup>. Para o efeito, este “como que pequeno *parlamento* dentro do pequeno Estado, que é a família”<sup>281</sup>, revela-se inútil.

Por conseguinte, e na nossa perspetiva, insistimos na exclusiva competência do tribunal para nomear a pessoa que melhores garantias de desempenho do cargo ofereça. Acrescentamos, porém, que esta nomeação não é votada à inteira discricionariedade do julgador, uma vez que o modelo decisório expresso no superior interesse do menor implica que o tribunal decida segundo parâmetros objetivamente controláveis. De facto, esta reserva de competência é desde logo limitada pela obrigatoriedade de ouvir o menor, em obediência ao direito de audição e participação<sup>282</sup> consagrado, v.g., nos art.ºs 1901.º, n.º 3, 1931.º, n.º 2, 1984.º, al. a); 4.º, al. i), 84.º, n.º 1 e 94.º, n.º 1 da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e 45.º, n.º 1, al. a) da Lei Tutelar Educativa. Depois, pese embora o art.º 1881.º, n.º 2 seja omissivo quanto às pessoas sobre as quais há-de recair

---

<sup>279</sup> Cfr. ANTÓNIO PAIS DE SOUSA, *Da Incapacidade Jurídica...* op. cit., p. 173 e F. A. PIRES DE LIMA, “Filiação...” op. cit., pp. 33-34.

<sup>280</sup> Neste sentido, vide FELIX HERNANDEZ GIL, “Sobre la figura...” op. cit., p. 203 (nota 4) e a RDGRN de 27/06/1924 (*Jurisprudencia Civil*, n.º 61, t. 163, p. 376), onde se decidiu que “no obstante la denominación legal, el Consejo de familia en el Código civil es pura y simplemente un consejo de tutela, y desde el momento en que no procede establecer una situación de tal naturaleza en los casos examinados, tampoco cabe constituir aquel complicado mecanismo para el solo efecto de poner al defensor del menor no emancipado en posesión de sus funciones; razón por la cual (...) habría de atribuirse al Juez la facultad de conferir el nombramiento de defensor.”

<sup>281</sup> F. A. PIRES DE LIMA, “Filiação...” op. cit., p. 33.

<sup>282</sup> O princípio da audição obrigatória é um instrumento fundamental ao serviço da busca do superior interesse do menor, na esteira, aliás, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que proclamou o princípio de que os Estados lhe garantem, logo que possua capacidade de discernimento, o direito de ter uma palavra a dizer sobre questões que lhe interessem, assegurando-lhe para tal “a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem” (art.º 12.º, n.ºs 1 e 2). Nas palavras elucidativas de FERRUCCIO TOMMASEO, “*Rappresentanza...*” op. cit., p. 410, “la partecipazione del minore ai procedimenti civili che coinvolgono i suoi interessi essenziali non è più soltanto un’astratta possibilità ma una positiva necessità (...)”. É verdade, contudo, que não se questiona a ocorrência de riscos na chamada do menor a emitir opinião sobre os seus próprios interesses, mas “ (...) although the CRC requires that the Nation States allow a child to be “heard” in all judicial proceedings there is no requirement that they have the final say. Recognizing this vital difference will relieve much of the tension between children’s best interests and their participation rights.” Cfr. REBECCA M. STAHL, “«Don’t forget about me»: implementing article 12 of the united nations convention on the rights of the child”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2007, p. 40. De facto, o que realmente interessa na formação da decisão judicial não é propriamente a adoção acrítica da posição trazida pelo menor, mas a ponderação da sua opinião, cuja importância reforça a necessidade de lhe dar voz e de o ouvir, sem qualquer outro limite que não seja o imposto pela sua capacidade de discernimento no momento da sua intervenção. Acolhendo este entendimento, vide o Ac. do TRL de 04/10/2007 (proc. n.º 5221/2007-8), disponível in <http://www.dgsi.pt>. De resto, tem sido neste sentido a melhor jurisprudência do TEDH, que vem interpretando o direito da criança a ser ouvida, sem qualquer limite de idade, desde que revele capacidade de manifestar a sua opinião e vontade. Cfr. os Ac.s “T. contra Reino Unido” de 16/12/1999 (proc. n.º 24724/94) “V. contra Reino Unido” de 16/12/1999 (proc. n.º 24888/94) e “Sahin contra Alemanha” de 08/07/2003 (proc. n.º 30943/96), disponíveis in <http://hudoc.echr.coe.in>.

preferencialmente o ónus<sup>283</sup>, somos de opinião, desde já adiantamos, que a opção deve tomar-se por entre aquelas que compõem o conselho de família nos termos do art.º 1952.º.

#### 4.1.2) Natureza do procedimento de nomeação

O art.º 1881.º, n.º 2 limita-se a estabelecer o princípio de que se houver um conflito de interesses entre representante legal e menor representado ao tribunal é reconhecida exclusiva competência para nomear um representante especial ao menor envolvido no conflito. Mas é só este o alcance da norma, sem que dela resulte uma qualquer indicação sobre a natureza do procedimento de nomeação.

Outra foi, porém, a orientação perfilhada pelo legislador espanhol. Neste domínio, concordamos com a solução do art.º 300.º do Cód. Civ. espanhol quando expressamente esclarece que “*el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria (...) nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.*” Também neste sentido a doutrina<sup>284</sup> e jurisprudência<sup>285</sup> espanholas consideram que a nomeação de um *defensor judicial* é um processo de jurisdição voluntária<sup>286</sup>.

Com efeito, a nota distintiva desta espécie de processos é a de que “não há neles, em princípio<sup>287</sup>, um conflito de interesses a compor, mas um só interesse a regular”<sup>288</sup> ou “um interesse fundamental tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se

---

<sup>283</sup> No mesmo sentido, *vide* os art.ºs 389.º-3 do *Code Civil*, 392.º, § 2 do Cód. Civ. suíço e o § 1909.º do BGB. Ao invés, o art.º 165.º do Cód. Civ. espanhol, na versão anterior à Ley Orgánica 1/1996, de 15 de janeiro, dispunha que “*el Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño.*” Sobre a interpretação deste inciso legal, entretanto suprimido pela disposição final 18.2 da referida lei, *vide* JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 233-247.

<sup>284</sup> Cfr. LUIS JIMÉNEZ ASENJO, *Voz: “Defensor judicial” op. cit.*, p. 351 e JERONIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “*El defensor judicial*” *op. cit.*, p. 267.

<sup>285</sup> Cfr. a já citada RDGRN de 27/06/1924.

<sup>286</sup> Aos processos de jurisdição voluntária são aplicáveis as disposições normativas constantes dos art.ºs 292.º a 295.º e 986.º a 1081.º, todos do CPC.

<sup>287</sup> Não é inteiramente correto dizer-se que nos processos de jurisdição voluntária o legislador não pressupõe a existência de um conflito de interesses. “Isto porque muitos processos de *jurisdição voluntária* pressupõem ou convocam, do ponto de vista substancial, um verdadeiro *conflito de interesses* – traduzindo, por isso, um *processo de adversários* e, logo, uma lógica adversarial, pondo em causa a autonomia dogmática da denominada jurisdição voluntária (...).” Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013”, in *O novo processo civil – contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2.ª ed., CEJ, dezembro de 2013, p. 503 disponível in <http://www.cej.mj.pt> [consultado em 12/07/2015]. O Autor ilustra esta doutrina com o exemplo dos processos que visam o exercício de direitos sociais e a tutela da personalidade.

<sup>288</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de Antunes Varela, ed. rev. e act. por Herculano Esteves, Coimbra Editora, Coimbra, 1979 (reimpr. 1993), p. 72.



posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes.<sup>289</sup> É assim o interesse do menor representado. Não há, portanto, a decisão de uma controvérsia entre as partes, pelo que no âmbito desta jurisdição assistimos a uma diferente conformação prática da tramitação processual, que tende a basear-se nos critérios de decisão do tribunal e no maior relevo atribuído ao princípio do inquisitório<sup>290</sup>.

Temos então que “o princípio da actividade inquisitória do juiz prevalece sobre o princípio da actividade dispositiva das partes”<sup>291</sup>, na medida em que ao julgador é permitido usar de alguma liberdade na colheita e investigação dos factos, seja para coligir officiosamente provas que repare essenciais, seja para prescindir de provas que repare inúteis ou de difícil obtenção (art.º 986.º, n.º 2 do CPC). Acresce que a mais da matéria de facto carregada para o processo pelos interessados pode o juiz servir-se de factos obtidos em resultado da sua própria actividade<sup>292</sup>, sem estar vinculado à observância de critérios de legalidade estrita (art.º 987.º do CPC). Antes deve adotar em cada caso concreto a solução que julgue mais conveniente e oportuna<sup>293</sup>, sendo possível a sua livre modificabilidade<sup>294</sup>, sem prejuízo dos efeitos já produzidos<sup>295</sup>, com fundamento em circunstâncias justificativas supervenientes (art.ºs 987.º e 988.º, n.º 1 do CPC).

Em suma, a natureza do processo de jurisdição voluntária viabiliza a busca da melhor solução, alijada de peias normativas e balizada por critérios de conveniência e oportunidade. Será, pois, estribado em critérios desta ordem que o juiz procederá à nomeação de um *defensor judicial*.

---

<sup>289</sup> J. M. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 69-70.

<sup>290</sup> Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 116.

<sup>291</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais II*, reimpr., Coimbra Editora, 1982, pp. 399-400.

<sup>292</sup> No âmbito da jurisdição contenciosa, ao invés, a regra é a de que o juiz só pode aproveitar-se dos factos fornecidos pelas partes. Todavia, a prova dos factos deixou de constituir monopólio das partes, dispondo o juiz do poder de realizar ou ordenar *ex officio* as diligências necessárias ao apuramento da verdade.

<sup>293</sup> Nas palavras de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos... op. cit.*, p. 400, “o julgador não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa.” No entanto, ressaltam J. M. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual... op. cit.*, p. 72, “a prevalência da equidade sobre a legalidade estrita, nas providências que o tribunal tome, não vai obviamente ao ponto de se permitir a postergação de normas imperativas aplicáveis à situação.”

<sup>294</sup> Faz-se notar que a possibilidade de livre modificabilidade não é deixada à discricionariedade do tribunal, pois a menor vinculação à lei não exonera o juiz de fundamentar adequadamente a sua decisão. Tal possibilidade também não é absoluta, uma vez que “o caso julgado forma-se nos mesmos termos em que se forma nos processos de jurisdição contenciosa mas, aqui, não possui o dom da irrevogabilidade na medida em que qualquer resolução pode ser livremente alterada, embora haja transitado em julgado.” Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos... op. cit.*, p. 403.

<sup>295</sup> Porquanto a nova resolução só produz eficácia *ex nunc*.

### 4.1.3) Legitimidade ativa para requerer a nomeação

O art.º 1881.º, n.º 2, em contraste com o texto original do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol<sup>296</sup>, não enumera as pessoas legitimadas para requerer a designação de um representante *ad hoc* ao menor<sup>297</sup>. Outro tanto se não diga quanto ao art.º 17.º do CPC, que no seu n.º 4 atribui legitimidade ao Ministério Público e a qualquer parente sucessível (*i.e.*, a qualquer familiar que esteja em linha de sucessão) do menor autor representado. Solução que, de resto, nos merece plena concordância, desde que nessa esfera não se inclua nenhum dos progenitores envolvidos no conflito, nem qualquer pessoa diretamente interessada na causa de pedir<sup>298</sup>.

Convocando os ensinamentos do direito estrangeiro, também nós entendemos que deve aceitar-se a possibilidade de o juiz atuar *ex officio*, ele mesmo instando o procedimento judicial de nomeação, quando no exercício das suas funções tenha conhecimento do conflito de interesses.

---

<sup>296</sup> Para dirimir um conflito de interesses entre representante legal e menor representado, o § 2 do art.º 165.º do Cód. Civ. espanhol de 1889 decidia que “*el Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor (...)*.” Em sentido coincidente, o § 3 do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol, na redação da Ley 11/1981, de 13 de maio, reconhecia legitimidade aos mesmos sujeitos. Estes, porém, deixam de estar legalmente legitimados para requerer a nomeação a partir da entrada em vigor da Ley Orgánica 1/1996, de 15 de janeiro, em virtude da qual é suprimido aquele § 3. Hoje, o art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol nada diz a este respeito. Não obstante, o art.º 300.º do diploma, posteriormente redigido e inserido num capítulo que pretende disciplinar de forma unitária a figura do defensor judicial, ocupa-se da legitimidade ativa para requerer a sua nomeação, concedendo-a amplamente às pessoas legitimadas ao abrigo do quadro legal anterior à Ley Orgánica 1/1996, de 15 de janeiro. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, *vide* CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 147-151.

<sup>297</sup> No direito francês, segundo a doutrina constante do art.º 389.º-3 da respetiva lei civil, é o próprio “*administrateur legal*” envolvido no conflito de interesses que há-de provocar a nomeação de um “*administrateur ad hoc*”, sem prejuízo de o juiz, informado sobre a existência do pressuposto conflito de interesses, proceder à respetiva nomeação, seja *ex officio*, seja a requerimento do Ministério Público ou do menor representado. Em Itália, a doutrina é unânime em afirmar que o juiz pode proceder à nomeação de um “*curatore speciale*” de ofício, a pedido dos progenitores ou de qualquer outra pessoa. Por todos, *vide*, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial, op. cit.*, p. 375 (nota 498).

<sup>298</sup> Neste sentido, o Ac. do TRL de 18/02/2014 sentenciou que “se o menor não pode na acção ser representado pela sua legal representante, que é a mãe, também nos suscita a maior perplexidade que possa esta última indicar quem deva representar o filho em processo judicial que este contra si move. Tal como não pode representar o filho, e por idêntico motivo, estará vedado à mãe opinar sobre quem há-de representá-lo na causa.” Cfr. o Ac. do TRL de 18/02/2014 (proc. n.º 1918/11.0TBMTA.L2-7), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

#### 4.2) Quem pode ser defensor judicial: requisitos

O problema que se nos oferece cuidar está em compreender quem melhor reúne as necessárias condições para desempenhar o cargo.

Por definição, a pessoa a nomear pelo juiz não pode estar em conflito de interesses com o menor representado e deve reunir determinados requisitos de aptidão – capacidade e certas condições pessoais. A simplicidade aparente desta asserção obriga-nos, porém, a recorrer à disciplina legal do protutor como ponto de referência normativo<sup>299</sup>, tornando-se necessário mobilizar as normas do Código Civil sobre quem pode ser protutor (art.º 1933.º *ex vi* art.º 1953.º).

Assim, a capacidade que deve reunir a pessoa a nomear pelo juiz afere-se pela negativa, não podendo aspirar ao cargo nenhuma das pessoas que preencham os cenários descritos nas respetivas alíneas do art.º 1933.º<sup>300</sup>. O preceito elenca um rol de pessoas inidóneas para assumir a função, em decorrência de uma determinada qualidade, atitude ou incompatibilidade pessoal. Mesmo reunindo capacidade para desempenhar o cargo, pode a pessoa nomeada estar numa situação que impeça ou dificulte o cabal cumprimento da sua incumbência. Atenta esta circunstância, admitimos que possa pedir escusa ou dispensa, apresentando uma causa justificativa de entre as que, com as necessárias adaptações, se exemplificam no art.º 1934.º – por remissão do art.º 1953.º – ou qualquer outra sujeita à livre apreciação do tribunal.

Ao representante especial não se exige apenas que possua capacidade para atuar judicialmente. Com efeito, perante a ausência de regulamentação legal sobre a figura que propomos, pode sustentar-se que a idoneidade exigida à pessoa nomeada requer dela objetividade, imparcialidade e honorabilidade<sup>301</sup>. De resto, é esta tríplice exigência que, em nosso juízo, compromete o chamamento à nomeação – em qualquer um dos cenários que haveremos oportunidade de pincelar – do progenitor sem interesses conflitantes com o menor representado.

---

<sup>299</sup> Esta tarefa prática é possível em virtude da existência de um denominador comum à atuação de um *defensor judicial*, nos termos que propomos, e de um protutor: o conflito de interesses.

<sup>300</sup> A possibilidade de um menor emancipado ser chamado a desempenhar o cargo de “defensor” dividiu os autores espanhóis. Com efeito, por ser duvidosa a questão de saber se cumpriria a exigência de estar em pleno exercício dos seus direitos civis, foram em maioria aqueles que lhe negaram a oportunidade de ser nomeado. Sobre esta problemática, *vide* JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 252-255 e CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 164 e ss.

<sup>301</sup> Depois do acolhimento da figura do “defensor” no Código Civil espanhol, mas perante a ausência de uma norma que concretamente se refira às condições que deve reunir a pessoa a nomear pelo juiz, esta é a análise feita por JERONIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “*El defensor judicial*” *op. cit.*, p. 259, com repercussões em outros autores e na jurisprudência. Por todos, *vide* CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, *op. cit.*, p. 174 (nota 58).

### 4.2.1) Ministério Público

Antes de mais, cumpre-nos advertir que a questão suscitada não é de legitimidade, mas sim de competência do órgão, porque legitimidade tem-na o menor, seja quem for que o represente. A dúvida está em saber se pode representá-lo o Ministério Público.

Entre nós, à luz dos art.ºs 3.º, n.º 1, al. a) e 5.º, n.º 1, al. c) e n.º 3 da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro (a última vez alterada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril), poder-se-ia defender a atribuição da representação em juízo de um menor em conflito de interesses com qualquer um dos seus representantes legais ao Ministério Público.

Nestes termos, figuremos a hipótese em que o Ministério Público deduz um pedido de indemnização civil em representação de um menor contra ambos os progenitores, enquanto representantes legais, ou apenas contra um deles, por só esse ser representante legal, acusados da prática de um crime contra o menor representado. Daqui decorre, por evidente, o conflito de interesses entre representante legal e menor representado, tido como bastante para afastar aquele do exercício do poder-dever de representação em juízo deste menor. Da mesma forma, a conflitualidade perspectivada entre os progenitores, seja quando ambos são representantes legais mas apenas um está envolvido na prática do crime, seja quando só um deles é o único representante legal e autor do crime, desaconselha o exercício do poder-dever de representação pelo progenitor não conflituante<sup>302</sup>. Nesta perspetiva, e para se citar o art.º 23.º, n.º 1 do CPC, “incumbe ao Ministério Público, em representação de incapazes e ausentes, intentar em juízo quaisquer acções que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses.”<sup>303</sup>

Ocorre também observar que a mesma questão se colocava perante o exercício da representação de um menor em juízo no contexto de uma ação de filiação<sup>304</sup>. Assim,

---

<sup>302</sup> Veremos, na altura certa, as razões por que este ponto de vista não pode admitir-se nos termos em que acaba de ser formulado.

<sup>303</sup> Foi aliás sob o cenário sumariamente descrito no texto que se desenvolveu a lide apreciada pelo Ac. do TRP de 26/09/2012 (proc. n.º 4/11.8GATBC-A.P1), disponível *in* <http://www.dgsi.pt>. Em termos que se ajustam à hipótese aqui cogitada, o Tribunal da Relação admitiu que o Ministério Público “solidamente sustentado, desde logo, no seu Estatuto, haja levado à prática a incumbência conferida pela lei adjetiva civil (...).”

<sup>304</sup> A dúvida tinha razão de ser sobretudo a partir do momento em que se registou no direito português uma evolução no sentido de alargar ao filho o âmbito das pessoas legitimadas para intentar a ação impugnatória. Com efeito, o Código de Seabra consagrava o chamado “monopólio marital” da impugnação, embora atenuado pelo reconhecimento do direito de ação, em casos limitados, aos herdeiros. Os sinais do tempo, porém, teimavam em apontar para a quebra do exclusivo marital, confirmada, de resto, pelo Assento de 22/07/1938 (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 71.º, n.º 2625, pp. 199-200), que decidiu pela legitimidade ativa do filho para impugnar a paternidade presumida. O Código Civil de 1966, apesar de nascido numa época em que os sistemas jurídicos europeus reconheciam já essa legitimidade, preteriu a doutrina firmada no Assento de 1938 e só dez mais tarde, em 1977, o legislador civil ampliou a legitimidade ativa ao filho (art.º 1839.º, n.º 1).

por exemplo, uma vez reconhecida ao filho legitimidade ativa para intentar uma ação de impugnação da paternidade e, sendo este menor não emancipado, afastada a hipótese, por conflito de interesses, de ser representado pelo respetivo representante legal<sup>305</sup>, discutia-se a competência do Ministério Público para, em representação de um menor, propor ação de impugnação da paternidade.

Com efeito, enquanto vigorou o Estatuto Judiciário de 1962 era aceite sem reservas<sup>306</sup> a competência do Ministério Público para, em representação de um filho menor, propor ação de impugnação da paternidade, porquanto era admitido a intervir nos processos como parte principal quando entendesse dever assumir a representação judiciária de incapazes ou equiparados (art.º 185.º, n.º 1, al. e))<sup>307</sup>. A dúvida passou a ter cabimento com a entrada em vigor da Lei n.º 39/78, de 5 de julho, que no seu art.º 5.º, n.º 1, al. d) somente admitia a intervenção principal do Ministério Público em relação a incapazes “por não ter sido deduzida oposição em nome deles”.

Foi assim suprimida, no elenco dos casos em que o Ministério Público tinha intervenção principal nos processos, a al. e) do n.º 1 do art.º 185.º do Estatuto Judiciário de 1962<sup>308</sup>. Isoladamente interpretado, o citado art.º 5.º, n.º 1, al. d) da Lei n.º 39/78, de 5 de julho, excluía a competência do Ministério Público para representar um menor, como autor, numa ação de impugnação da paternidade. Todavia, não podia assim ser

---

<sup>305</sup> Uma vez que nos termos do n.º 1 do art.º 1846.º a ação deve contra este ser intentada.

<sup>306</sup> No nosso direito, os Estatutos Judiciários de 1927 e de 1928 admitiam a competência do Ministério Público para intervir em todos os processos e atos em que fosse interessado o Estado ou alguma das pessoas a quem ele devesse proteção, nesta categoria se incluindo os menores. Os termos desta intervenção não eram, todavia, precisos, ficando por esclarecer se o Ministério Público era admitido a intervir como parte principal ou como parte acessória. A dúvida ficou resolvida pelo Dec. n.º 22 779 de 29 de junho de 1933, nos termos do qual o Ministério Público podia intervir, como parte principal, em todos os processos e atos em que representasse o Estado, os ausentes e os incertos, e, como parte acessória, em todas as restantes situações em que fosse interessada qualquer uma das pessoas a quem o Estado devesse proteção. Só mais tarde, com o Estatuto Judiciário de 1944, se reconheceu ao Ministério Público competência para intervir como parte principal, intentando ações em defesa do interesse dos menores (art.º 103.º, § 1.º, al. e)). Esta evolução foi acompanhada pelo Estatuto Judiciário de 1962, embora concretizada numa formulação menos clara.

<sup>307</sup> O texto do artigo era pacificamente entendido no sentido de que o Ministério Público podia assumir a representação judiciária daquelas pessoas, fosse intervindo em ações já pendentes, fosse propondo ele mesmo as respetivas ações em sua representação.

<sup>308</sup> Propondo-se interpretar a referida supressão, várias decisões jurisprudenciais alinharam pela orientação de que a Lei n.º 39/78, de 5 de julho, retirara competência ao Ministério Público para propor ações de filiação em representação de um menor. Outras, porém, entenderam que a eliminação daquela alínea não alterava o preceituado na legislação anterior. Sobre as decisões que aderiram a uma e a outra fundamentação, vide F. M. PEREIRA COELHO, “Representação de menores pelo M. P. em ações de investigação de paternidade – Anotação ao Acórdão de 15 de Outubro de 1980, do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115.º, n.ºs 3695 e 3696, p. 63 (notas 1 e 2). Ainda para outras explicações sobre o acerto da opção legislativa comentada, *idem*, p. 80 e GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito da filiação na jurisprudência recente”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1983, pp. 119-142.

considerado, antes havendo que conjugá-lo com outros normativos referentes à matéria<sup>309</sup>. De resto, a condição a que aludia – “por não ter sido deduzida oposição em nome deles” – desaparece por ocasião do Dec. Lei n.º 264-C/81, de 3 de setembro, que desta sorte tomou a iniciativa de resolver a *vexata quaestio* da competência do Ministério Público para instaurar, designadamente, ações de impugnação da paternidade no interesse de menores e como representante destes<sup>310</sup>.

Conforme o texto do citado art.º 5.º, n.º 1, al. d), na redação introduzida pelo Dec. Lei n.º 264-C/81, de 3 de setembro, o Ministério Público gozava então de intervenção principal nos processos quando representasse incapazes, independentemente de estes figurarem na ação como autores ou réus<sup>311</sup>. Retomou-se, por isso, o regime previsto pelo Estatuto Judiciário de 1962.

Também hoje a Lei n.º 9/2011, de 12 de abril, preceitua que o Ministério Público intervém como parte principal quando representa incapazes (art.º 5.º, n.º 1, al. c)) e sem mais nada acrescentar declara-se assim favorável à doutrina que postula a competência

---

<sup>309</sup> Com efeito, se competia “especialmente ao Ministério Público representar o Estado e as pessoas e entidades a quem o Estado deva protecção” (art.º 3.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 39/78, de 5 de Julho), uma dessas pessoas seriam precisamente os menores, conforme decorre do imperativo constitucional plasmado no art.º 69.º, n.º 1 da CRP. Abonava igualmente a favor da competência do Ministério Público para intentar, em representação de um menor, uma ação de impugnação da paternidade o facto de os magistrados do Ministério Público tomarem, à data, a designação de “curadores de menores” nos termos do art.º 5.º, n.º 3 do Dec. Lei n.º 314/78, de 27 de outubro (que aprovou a Organização Tutelar de Menores). A estes competia “representar os menores em juízo, como parte principal, intentando acções e usando de quaisquer meios judiciais em defesa dos seus direitos e interesses” (art.º 10.º, n.º 2 do Dec. Lei n.º 314/78, de 27 de outubro). A verdade, porém, é que tal atribuição lhes era confiada por um diploma dirigido aos tribunais de menores, estes que não tinham competência para quaisquer ações a propor relativas a incapazes (art.ºs 146.º, 147.º, 149.º e 150.º do Dec. Lei n.º 314/78, de 27 de outubro). “Portanto, o conteúdo do preceito do artigo 10.º, n.º 2, atrás transcrito, seria inútil se não exprimisse a afloração de um princípio geral, constitucionalmente consagrado, de que ao Ministério Público compete representar os menores (...) e, quando necessário, intentar as acções e usar dos meios judiciais adequados ao exercício dos direitos que a lei lhes confere.” Seguiu-se o argumento de que o art.º 3.º, n.º 1, al. h) da Lei n.º 39/78, de 5 de julho, atribuindo competência ao Ministério Público para intervir em todos os processos “que envolvam interesse público”, impunha a sua intervenção face ao indiscutível interesse público de que haja uma coincidência entre a verdade material quanto ao vínculo biológico da paternidade e a verdade registral. Por último, se a todo o direito corresponde uma ação destinada a fazê-lo valer em juízo, salvo quando a lei determine o contrário, não haveria por que recusar a competência do Ministério Público para representar um menor em juízo, pois “é o Ministério Público que, como entidade isenta, ponderada e alheia ao conflito de interesses em jogo, está em melhores condições de representar os menores, colocando a verdade dos factos quanto à sua verdadeira paternidade (...).” Cfr. o já referido Ac. do STJ de 15/10/1980 cuja argumentação em larga medida reproduzimos. Para uma exposição e apreciação discordante das observações aí formuladas a favor da competência do Ministério Público nos termos descritos, *vide* F. M. PEREIRA COELHO, “Representação de menores...” *op cit.*, pp. 78-79.

<sup>310</sup> Sobre os prós e contras da competência do Ministério Público para propor ações de filiação em representação de um menor no quadro legal anterior às alterações introduzidas na Lei n.º 39/78, de 5 de julho, pelo Dec. Lei n.º 264-C/81, de 3 de Setembro, *vide* F. M. PEREIRA COELHO, “Representação de menores...” *op cit.*, pp. 79-80.

<sup>311</sup> Dissipada a dúvida, foi neste sentido que o Ac. do STJ de 16/04/1982 (proc. n.º 069102), disponível in <http://www.dgsi.pt.>, fixou jurisprudência.

do Ministério Público para propor ações de impugnação da paternidade em representação de menores.

Estamos a equacionar, e é esta nota que importa acentuar, a atuação do Ministério Público na suposição de que a representação em juízo de um menor incapaz não pode ser assegurada pelo respetivo representante legal, uma vez que este, por conflitualidade de interesses, figurará na ação como réu.

Ora, nos casos em que, ao abrigo do seu Estatuto, compete ao Ministério Público o dever de assumir a representação do autor ou réu menor incapaz, essa competência é expressão legal da responsabilidade que o Estado tem para com os mais vulneráveis, pretendendo “disponibilizar um meio técnico permanente, destinado à promoção dos seus interesses”<sup>312</sup>. Poderá ainda dizer-se que o Ministério Público, no exercício da competência *supra* identificada, não toma o lugar de representante processual do menor nos termos em pretendemos que seja ocupado. Bastará notar que o pressuposto da sua atuação não é a existência de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado, desde logo porque no exercício do seu poder-dever de representação pode o representante legal opor-se, por requerimento no processo, à apreciação que o Ministério Público faça quanto à conveniência ou oportunidade de propor uma ação em representação de um menor (art.º 5.º, n.º 3 da Lei n.º 9/2011, de 12 de abril).

Numa aproximação ao problema, para concluirmos, afigura-se-nos mais concordante com a doutrina plasmada na norma que disciplina o conflito de interesses entre representante legal e menor representado confiar a representação do menor em juízo a um representante especial que não ao Ministério Público<sup>313</sup>. Em bom rigor, o conceito de representação de que faz uso a Lei n.º 9/2011, de 12 de abril, julga-se aí juridicamente impróprio, porquanto a intervenção do Ministério Público no âmbito do quadro legal exposto não se traduz numa mera representação de carácter processual. Mais que isso, o Ministério Público atua na qualidade de representante geral dos incapazes, sob orientação de um princípio geral, constitucionalmente consagrado, de que

---

<sup>312</sup> F. M. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família II... op. cit.*, p. 210.

<sup>313</sup> Neste sentido, *vide* MARIA JOSÉ CAPELO, *Interesse processual... op. cit.*, pp. 210 e ss. (nota 337). Note-se que foram já aduzidos argumentos em que pode abonar-se de *iure condendo* a orientação contrária à competência do Ministério Público. Disse-se, com efeito, que a atribuição de competência para a propositura de uma ação a um elemento estranho à família significa “uma intolerável intromissão no seio familiar”. Neste sentido, *vide* a declaração de voto do Conselheiro Campos Costa emitida no Ac. do TRL de 22/04/1980 (*Coletânea de Jurisprudência*, t. II, 1980, p. 226). Entre outros, um segundo argumento considera a representação dos menores pelo Ministério Público desnecessária e até prejudicial. Uma resposta à argumentação excogitada pode ver-se em F. M. PEREIRA COELHO, “Representação de menores...” *op cit.*, pp. 81-82.

a este ator do sistema judicial compete representar os menores, defender e velar pelos seus interesses (art.ºs 69.º e 219.º, n.º 1 da CRP).

Corroborando o nosso entendimento, o art.º 1846.º, n.º 3, acautela implicitamente a eventualidade de ocorrer um conflito de interesses perante uma ação de impugnação da paternidade presumida, por via da previsão do exercício da representação do menor em juízo por um – imprecisamente designado – “curador especial” nomeado pelo tribunal. Assim, supondo que o legislador do Código Civil soube exprimir-se, aceitamos que onde se refere a um “curador especial”, e não ao Ministério Público, era mesmo àquele que queria referir-se, ainda que impropriamente.

#### **4.2.2) Advogado**

Consideremos agora a hipótese de ser chamado a ocupar o cargo de *defensor judicial* um advogado. Nesta averiguação, faz-se indispensável distinguir uma e outra figura, situando-as para tanto na moldura da sua respetiva atuação.

Podemos dizer, a este propósito, que o *defensor judicial* será solicitado a atuar processualmente em ordem a suprir o défice de capacidade judiciária de um menor incapaz, cuja representação processual não pode ser assumida pelo respetivo representante legal por incompatibilidade de interesses. Assim se logra superar, repetimos, o conflito que opõe o interesse do menor representado ao interesse de quem, por lei, está incumbido de o representar.

Diversamente, o advogado, profissional do foro, atua em representação das partes na condução e orientação do processo, mediante a prática de certos atos processuais adequados. Como se nota, a atuação do advogado decorre da necessidade de atribuir ao processo a profissionais com a devida habilitação técnica, não se confundindo com a atuação do *defensor judicial* que, uma vez nomeado representante processual de um menor incapaz, deverá providenciar, quando necessário<sup>314</sup>, pela constituição de advogado.

Eis, em breves palavras, o essencial da distinção. Referida ao nosso problema, esta diferenciação funcional quer significar que não é a mesma coisa, obviamente, ser

---

<sup>314</sup> O art.º 40.º, n.º 1 do CPC declara que é obrigatória a constituição de advogado nas causas de competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário; nas causas em que seja sempre admissível recurso, independentemente do valor; e nos recursos e nas causas propostas nos tribunais superiores. Fora destes casos, dispõe o art.º 42.º do CPC, “podem as próprias partes pleitear por si ou ser representadas por advogados estagiários ou por solicitadores.”



concretamente chamado a atuar para regularizar a falta de capacidade judiciária do menor representado ou ser chamado a atuar em obediência à consagração constitucional de um “direito geral à protecção jurídica”<sup>315</sup> (art.º 20.º da CRP).

Nestes termos, a atividade do advogado, sempre que se faça obrigatória a sua constituição, dará tradução ao direito de o menor, representado, em hipótese, na pessoa do *defensor judicial*, se fazer acompanhar por advogado no processo (art.º 20.º, n.º 2 *in fine* da CRP). O mesmo sucederia se em representação do menor atuasse o respetivo representante legal.

Esta última simples consideração prova que nas causas em que é obrigatória a sua constituição o advogado atua seja ou não designado um *defensor judicial*. Destarte, não temos por correta a solução de cumular ambas as funções numa única pessoa. Em subsídio da nossa tese há ainda outro argumento a esgrimir, mas dele nos ocuparemos mais adiante.

Vamos, por enquanto, equacionar o problema a partir das construções a que tem chegado a doutrina estrangeira. Com efeito, em outros sistemas jurídicos a questão tem já ocupado alguns autores – é assim o caso do direito brasileiro e italiano.

No Brasil, aceitando a premissa de que ao incapaz cujos interesses colidam com os do respetivo representante legal deve ser nomeado um representante especial (art.º 9, inciso I do CPC brasileiro)<sup>316</sup>, julgamos poder definir-se como prevalecente o entendimento que leva em consideração a distinta esfera de atuação desse representante e de um advogado<sup>317</sup>. Não obstante, a prática teima em revelar que o juiz, no momento da decisão sobre a nomeação de um representante processual ao incapaz, faz recair o ónus do cargo sobre um advogado. Quanto a nós, pensamos que esta opção se inscreve no quadro de uma visão que pretende imprimir celeridade ao processo, uma vez que nomeado um *defensor judicial* que seja advogado será ele mesmo o advogado a atuar na

---

<sup>315</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada... op. cit.*, p. 161, em anotação ao art.º 20.º da CRP.

<sup>316</sup> As hipóteses de nomeação de um representante especial estão expressamente definidas no art.º 9, inciso I do CPC brasileiro, de entre elas se destacando a situação de conflito de interesses entre representante legal e menor representado. A mesma ideia inspira a solução do § único do art.º 142.º do ECA. Atualmente, a Lei Complementar Federal n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, alterada pela Lei Complementar n.º 132, de 7 de outubro de 2009, consagra a competência daquele representante especial como atribuição institucional da Defensoria Pública “nos casos previstos em lei” (art.º 4, inciso XIV). Chamado a atuar, o defensor público apresenta-se como representante processual na manifestação de vontade do menor em juízo, desde que essa vontade goze de razoável plausibilidade jurídica e seja despida de qualquer critério de ordem fáctica, ideológica ou sentimental.

<sup>317</sup> Com efeito, da interpretação literal do § único do mencionado art.º 9.º resulta que, em tese, a comarca pode ter um agente tecnicamente preparado para a função de representante judicial cuja formação não implica a advocacia.

causa<sup>318</sup>. Isto significa, pensamos, que a ser recomendável não é todavia exigível que a pessoa chamada a ocupar o cargo de *defensor judicial* seja um advogado.

Na ordem jurídica italiana, perante um conflito de interesses entre representante legal e menor representado deve este apresentar-se em juízo na pessoa de um “*curatore speciale*” (art.ºs 320.º, § 6 do *Codice Civile*), ao qual compete providenciar pela constituição de advogado “*quando non abbia egli stesso le necessarie qualità professionali*”<sup>319</sup>. Assim, tanto quanto logramos perceber, também no sistema italiano vigente o representante especial de que falamos não é necessariamente um advogado. Embora na prática quase sempre o seja<sup>320</sup>. Na verdade, informa a doutrina<sup>321</sup>, é a própria circunstância de a sua atuação se explicar com maior frequência em sede processual que orienta a prática no caminho de frequentemente atribuir a um advogado a função de “*curatore speciale*”. Nas hipóteses em que assim não ocorra, “*per le attività processual il soggetto nominato dovrà necessariamente nominare un avvocato*”<sup>322</sup>.

Na linha de entendimento vinda de expor, a preferência pelo encontro do cargo de representante processual *ad hoc* e de advogado na mesma pessoa física filia-se no argumento de que assim o menor representado beneficiará do contacto com um único sujeito<sup>323</sup>. Tal argumento está, porém, longe de ser decisivo. Expliquemos.

Neste domínio, é imperioso ter-se presente, sempre e em primeiro lugar, o interesse do próprio menor representado, mormente por estarmos perante um litígio que envolve um menor. Ora, se é verdade que a coincidência dos cargos numa só pessoa otimiza o contacto pessoal entre representante especial e menor representado, não é

---

<sup>318</sup> Na prática, diz Matheus Pacheco Franco, “nomeando um curador especial que não é advogado, o primeiro ainda terá de providenciar um patrono para atuar no feito, enquanto que nomeando um advogado, não há essa necessidade, pois o curador especial é o próprio advogado a atuar na causa.” Cfr. MATHEUS PACHECO FRANCO, “Considerações sobre a Curadoria Especial”, disponível in <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-sobre-a-curadoria-especial,33598.html> [consultado em 12/07/2015]. No mesmo sentido, vide HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil I*, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 81.

<sup>319</sup> FERRUCCIO TOMMASEO, “*Rappresentanza...*” *op. cit.*, p. 414. Em sentido análogo, Francesca Romana Arciuli esclarece que “*qualora il curatore sia, al tempo stesso, un avvocato, potrà costituirsi personalmente in giudizio, così come è previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996.*” Cfr. FRANCESCA ROMANA ARCIULI, “*La figura del curatore speciale nei procedimenti civil minorili*”, *Famiglia e Giustizia – Rivista Online di Diritto di Famiglia e Minorile*, ano 1, 2008, *op. cit.*, p. 3. A Autora serve-se, portanto, do art.º 2.º, al. c) da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças para admitir que o representante especial nomeado nos termos dos preceitos citados no texto possa ser um advogado.

<sup>320</sup> “*E’ bene ribadire subito che il curatore speciale non è, nel sistema vigente, necessariamente un avvocato (anche se nella prassi, como se dirà, lo è ormai quasi sempre).*” Cfr. GIANFRANCO DOSI, *L’avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 43.

<sup>321</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>322</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>323</sup> Cfr. FRANCESCA ROMANA ARCIULI, “*La figura del curatore speciale...*” *op. cit.*, p. 2.

menos certo que esse contacto será tanto mais proficiente se a pessoa nomeada for alguém que possa interessar-se pelo menor.

Aqui chegados, havemos de ponderar a diferença essencial entre nomear alguém que independentemente do ato de nomeação já manifestava interessar-se pelo menor, e exatamente por isso preencheu o critério seletivo por que se orientou a decisão do juiz no momento da designação – o *defensor judicial* –, ou alguém que só em virtude de ser nomeado para atuar em nome do menor numa concreta causa se dedica à prossecução do seu interesse – o advogado.

Na jurisprudência dos tribunais portugueses, o já citado aresto da Relação de Lisboa de 18 de Fevereiro de 2014 foi o único, pelo menos até fecho dos nossos trabalhos, que visitou o problema da representação de um menor em juízo por pessoa diferente do respetivo representante legal, na hipótese que nos ocupa.

Na espécie sobre que versou a decisão em mérito, o debate em torno da resolução do problema jurídico por nós aqui projetado encerrou com a pronúncia do tribunal a negar ao progenitor não conflituante a pretensão de ser nomeado representante especial do filho menor em conflito de interesses com a mãe, representante legal em exclusivo, e, consequentemente, a entender dever “solicitar-se à Ordem dos Advogados a indicação de defensor oficioso para o desempenho do cargo.”

Não nos compete exercer censura sobre a atitude assumida pela Relação de Lisboa, mas pelas considerações que já acima deixámos expressas não parece ser de aplaudir o que aí foi sentenciado.

Diremos, a terminar, – é a conclusão primordial que ressalta do exposto – que fica pela nossa parte afastada a hipótese de ser chamado a ocupar o cargo de *defensor judicial* um advogado, seja porque não tem por finalidade regular a representação processual de um menor incapaz nos termos vindos de analisar, seja porque se pretende que a pessoa investida na qualidade de *defensor judicial* seja alguém que já mesmo antes dessa circunstância manifestava um qualquer interesse pela pessoa do menor.

#### **4.2.3) Progenitor não conflituante**

Caso especialmente curioso, de resto já apreciado pela jurisprudência dos nossos tribunais<sup>324</sup>, é o que respeita à hipótese do progenitor não conflituante com o menor

---

<sup>324</sup> Citamos novamente o Ac. do TRL de 18/02/2014.

representado poder ser nomeado seu representante especial. Veremos, de seguida, que a procedência desta possibilidade nos merece reservas.

Desde logo, o entendimento que perfilhamos é ilustrado a partir da distinção que estabelecemos entre dois cenários. O primeiro respeita aos casos em que o exercício das responsabilidades parentais está confiado a ambos os progenitores e o segundo aos casos em que o exercício das responsabilidades parentais está confiado apenas a um progenitor.

Na primeira hipótese focada, se ambos os pais exercem as responsabilidades parentais, incumbindo a ambos, por conseguinte, a função de representantes, e se o défice de representação decorre de um alegado conflito de interesses apenas com um dos progenitores, não nos revemos na solução de admitir que o outro assuma a missão de representar um filho menor em juízo, pois sobre ele não deve recair o difícil ónus de optar pelos interesses do cônjuge ou pelos interesses do filho representado. De resto, duvida-se mesmo que o progenitor não conflituante defenda, em consciência, o interesse do menor. Da mesma forma, e ainda no contexto do exercício conjunto das responsabilidades parentais, se o conflito de interesses existir entre os dois progenitores representantes e o menor representado, mais defensável é que nenhum dos pais possa assumir o cargo.

No âmbito da segunda hipótese, o progenitor que exerce as responsabilidades parentais e, em concreto, o poder-dever de representação legal, não poderá representar um filho menor em juízo se os interesses de ambos colidirem. Por sua vez, o progenitor não conflituante está subtraído ao exercício das responsabilidades parentais, não ostentando, designadamente, faculdades de representação. Pensamos que assim ocorre em consequência, as mais das vezes, de uma rutura do matrimónio<sup>325</sup>. Nesta eventualidade, este progenitor não fica totalmente despojado de funções e direitos na medida em que, mantendo-se intocáveis as consequências jurídicas da filiação, conserva a titularidade das responsabilidades parentais. Perde, no entanto, o direito de representar por não estar legalmente autorizado a exercê-lo. Nesta ótica, cumprirá evitar que venha a utilizar, mesmo que involuntariamente, a prossecução do interesse do menor para alimentar a sua controvérsia pessoal com o outro progenitor, porventura envolvendo-se numa campanha difamatória perpetrada contra ele. Assim, a margem de tensão e as

---

<sup>325</sup> Mas não necessariamente. *Vide*, neste sentido, as circunstâncias em que intervêm os mecanismos de limitação e, no limite, de inibição do exercício do complexo de poderes-deveres que integram as responsabilidades parentais atribuídas por lei aos progenitores (art.ºs 1913.º a 1920.º-A).

dissidências que eventualmente oponham os progenitores desaconselham que mesmo o progenitor não conflituante seja nomeado para o cargo<sup>326</sup>.

Por conseguinte, é preferível que o interesse do menor representado seja salvaguardado por uma entidade imparcial e alheia ao conflito de interesses do que confiar a primazia a um dos progenitores, que não manterá, com grande probabilidade, a calma de espírito e a serenidade necessárias para decidir onde reside o verdadeiro interesse do filho. Em qualquer uma das hipóteses retratadas, portanto, competirá naturalmente ao tribunal decidir por outra pessoa<sup>327</sup>.

Ao contrário do legislador português, que não perfilhou qualquer orientação nesta matéria, fê-lo o legislador espanhol e italiano. Tal é a perspectiva que vamos agora considerar.

Em Espanha, no quadro fáctico em que apenas o pai exercia o poder-dever de representação legal, e só na sua falta a mãe<sup>328</sup>, discutia-se a possibilidade, em caso de conflito de interesses entre pai e filho menor representado, de “sub-rogação” da mãe no exercício de um tal poder-dever.

Em sentido afirmativo pronunciou-se a jurisprudência espanhola<sup>329</sup>, sustentando que outra solução implicaria uma limitação injustificada da qualidade de titular das responsabilidades parentais reconhecida à mãe. A doutrina, contudo, não secundava este juízo. Rejeitava-o, primeiro, por carecer de fundamento legal algum e, depois, por não ser desejável confiar à mãe a decisão entre os interesses do cônjuge e os do filho<sup>330</sup>.

Depois da Reforma operada pela Ley 30/1981, de 7 de julio, desaparece o problema aqui trazido, reconhecendo-se expressão legal à pronúncia do Tribunal Supremo. Deste jeito, falece razão ao argumento alicerçado na ausência de fundamentação legal, podendo ler-se hoje no art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol que: “(...)

---

<sup>326</sup> Referindo-se embora à nomeação de um “curador especial”, é esta a orientação propugnada pelo mencionado Ac. do TRL de 18/02/2014. Na nossa apreciação, andou bem o tribunal ao decidir que “havendo grave litígio entre os progenitores, e de modo a assegurar total objectividade na prossecução dos interesses do menor na causa, deve o curador especial a nomear ser necessariamente *extranho à relação conflituosa dos pais*.” Sublinhado nosso.

<sup>327</sup> Tal é o pensamento em que se estribam as palavras de MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal... op. cit.*, p. 195: “(...) a representação dos menores, neste tipo de situações, nunca pode ser entregue a um só dos progenitores, mesmo que o conflito só abranja um deles, por receio de uma actuação parcial desse progenitor, dividido entre o interesse do outro e o dos filhos.”

<sup>328</sup> Antes da entrada em vigor da Ley 11/1981, de 13 de maio.

<sup>329</sup> Cfr. a STS de 09/06/1909, publicada em *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 78, 1986, pp. 381-386.

<sup>330</sup> Deste argumento se servia JERONIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “*El defensor judicial*” *op. cit.*, p. 217, considerando desaconselhável que a mãe representasse o menor ante a necessidade de conservar a paz conjugal e de evitar partidarismos familiares. No mesmo sentido, *vide* FELIX HERNANDEZ GIL, “*Sobre la figura...*” *op. cit.*, p. 214.

*Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.*<sup>331</sup>” Ainda assim, não se pense que daqui resulta a melhor orientação.

Perante o exposto, suscitada agora é a questão de saber em que caso a atribuição automática, “*sin necesidad de especial nombramiento*”, da representação ao progenitor com interesses não conflitantes cobra verdadeiro revelo: se apenas no caso de exercício conjunto das responsabilidades parentais ou se também no caso de exercício singular.

Com efeito, a solução legal que abreviadamente reproduzimos parece sofrer um desvio na hipótese do exercício das responsabilidades parentais estar confiado apenas a um dos progenitores. O legislador, porém, não estabeleceu qualquer distinção nesta matéria e, por isso, a fórmula do art.º 163.º do Cód. Civ. espanhol presta-se a dúvidas.

Nas palavras de Moreno Martínez<sup>332</sup>, que se nos mostram como as mais razoáveis, “*el legislador esta contemplando (...) el caso de que ambos conyuges ejerzan conjuntamente la patria potestad y, por tanto, si el conflicto de intereses se plantea com respecto a uno de los conyuges com ejercicio exclusivo de la patria potestad segun lo previsto en el Codigo civil, no debe conferirse automaticamente la representación al outro*<sup>333</sup>. *Basta pensar, si ello no fuera ai, en la hipotesis de que un conyuge hubiese sido privado totalmente del ejercicio por decisión judicial (...), donde el conferirle la representación a dicho conyuge no ejerciente, que no tiene interes contrapuesto, seria perjudicial para los intereses del menor.*”

---

<sup>331</sup> REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, p. 43, observa que “*es una solución lógica y acorde com la naturaleza conjunta y compartida de la patria potestad.*” Semelhante posição é assumida por DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español IV, Familia*, 8.ª ed., Madrid, 1984, p. 467, esclarecendo o Autor que o progenitor sem interesses conflitantes com os do menor representado não deve ser afastado da representação somente por uma exagerada suspeita de parcialidade em favor do outro cônjuge.

<sup>332</sup> Cfr. JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial, op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>333</sup> Análise semelhante é feita por REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal... op. cit.*, pp. 43-44 e ANTONIO URIBE SORRIBES, “*La representación...*” *op. cit.*, p. 255. Nas palavras do Autor, “*si ún siendo titulares ambos padres de la patria potestad, el que no tenga el interés contrapuesto sea uno de los padres que no ejerza tal potestad (...) no ostentará automaticamente, y sin necesidad de especial nombramiento, la representación del menor; pues para ello será preciso, mediante la correspondiente solicitud, que (...) el Juez le atribuya la función de ejercer la representación legal del hijo, como titular de la patria potestad aunque suspendido en su ejercicio (...).*” Confortando-se nesta solução, CARLOS ENRIC FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial, op. cit.*, p. 85, justifica-a com fundamento na ideia de que o exercício do poder-dever de representação é expressão do exercício das responsabilidades parentais e não da sua titularidade, “*lo que se demuestra cuando a través del nombramiento de defensor los padres siguen siendo titulares de aquélla, aunque se les suspende en su ejercicio – representar – respecto dela asunto determinado de que se trata.*”

Foi outrossim por este ângulo que o art.º 320.º, § 6 do *Codice Civile* considerou o problema, tratando de o solucionar expressamente no sentido indicado pelo Autor espanhol citado<sup>334</sup>.

Todavia, uma solução deste estilo é insuficiente para concluirmos pelo chamamento do progenitor não conflituante ao cargo de *defensor judicial*. Assim, apesar de concordarmos com a necessidade de assinalar a diferença entre o exercício conjunto e o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, de bastante diversa maneira nos posicionamos quando duvidamos dos termos fixados pelo entendimento que vimos de analisar para interpretar a regra da nomeação do progenitor não conflituante na hipótese de ambos os pais exercerem conjuntamente as responsabilidades parentais.

Em nossa opinião, a perspectiva em que a doutrina espanhola e o legislador italiano procuram situar-se não pode ter-se por correta ao admitir que o progenitor não conflituante assuma a representação com a justificação de que também a si a lei entregou o exercício das responsabilidades parentais. Não parece, pois, que esta seja a orientação à face da qual deverão resolver-se entre nós as dificuldades suscitadas pela ausência de regulamentação legal na matéria.

Por conseguinte, somos conduzidos pela orientação da doutrina italiana maioritária que, sem embargo da atual redação do art.º 320.º, § 6 do *Codice Civile*, recusa o cenário em que o progenitor não conflituante assume a qualidade de representante especial nomeado para o efeito de dirimir o conflito de interesses que opõe o representante legal conflituante e o menor representado. Desta sorte, a generalidade dos autores italianos defende não ser aconselhável atribuir a representação ao progenitor não conflituante, já que este, colocado na situação de ter que optar pelo interesse do outro progenitor ou pelo interesse do menor representado, atuará sem a objetividade desejada. Com razão de igual força nos pronunciamos *supra*.

Neste sentido, notamos que nenhuma das normas vindas de transcrever cuida adequadamente do problema. Seja no quadro da primeira, seja no quadro da segunda hipótese que esboçámos, a solução de outorgar o poder-dever de representação de um menor ao progenitor cujos interesses não estejam em conflito com os daquele não merece a nossa aceitação. Aliás, dos diplomas legislativos com os quais vimos dialogando, só o

---

<sup>334</sup> “*Se sorge conflitto di interessi patrimonial tra i figli (...) e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore.*”

Código Civil espanhol e italiano atribuem a representação ao progenitor sem interesses em conflito, pois nem esta opção, nem qualquer outra de análoga extensão, foi adotada pelo legislador português e alemão.

Na verdade, de acordo com os §§ 1629.º e 1796.º do BGB e com o art.º 1881.º, n.º 2 a solução do problema deve procurar-se pela via da nomeação de um representante especial diferente da pessoa do progenitor não conflituante<sup>335</sup>. Por nós, também assim parece que deve ser suprido o défice de representação decorrente de um pressuposto conflito de interesses do tipo em estudo.

#### 4.2.4) Vogal do conselho de família

Assim afastada a habilitação de qualquer um dos progenitores para representar um filho menor em juízo, o *defensor judicial* a nomear pelo tribunal há-de ser escolhido de entre os vogais que compõem o conselho de família. Por agora, temos então de aclarar em que termos se processa a constituição daquele órgão<sup>336</sup> para de seguida nos perguntarmos pela pessoa em concreto idónea para receber o título de *defensor judicial*.

Quanto à constituição do conselho de família, os art.ºs 1952.º, n.º 3 e 1955.º, n.º 2 partilham de uma ideia de “representatividade salomónica”<sup>337</sup> das duas linhas de parentesco do menor, apenas suscetível de ser afastada mediante a comprovada impossibilidade da sua observância<sup>338</sup>. O conselho de família continua a ser, de facto, uma assembleia de parentes do menor e, na falta destes, de amigos dos pais, vizinhos ou terceiros que sejam pessoas de probidade e “possam interessar-se pelo menor” (art.º 1952.º, n.ºs 1 e 2).

Apesar da opção legislativa pela conjugalidade do n.º 1 com o n.º 2 do art.º 1952.º, não vemos, contudo, por que desse cotejo haja de decorrer uma necessária prioridade dos

---

<sup>335</sup> Embora no caso excecional do art.º 18.º, n.º 3 do CPC a representação processual do menor possa ficar entregue só a um dos progenitores.

<sup>336</sup> A investigação prosseguirá sem a pretensão de analisar o desenho que a figura recebe do ordenamento jurídico, afastada que está, em nosso juízo, a necessidade da sua convocação.

<sup>337</sup> A expressão é do Ac. do TRP de 16/01/2014 (proc. n.º 2343/11.9TMPRT.P1), disponível in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>338</sup> “Sempre que possível”, lê-se nos preceitos em referência, observar-se-á a integração das duas linhas de parentesco no conselho de família. Na interpretação da Relação do Porto, “a ideia de representatividade sugerida pelo n.º 3 do art.º 1952º pode ser afastada não só no caso de não existirem familiares da outra linha em condições de serem nomeados mas também no de tal nomeação não se perspectivar como adequada à satisfação do interesse superior dos menores. Ou seja, não é certo que *só pode* ser afastada quando tal representatividade não seja possível ou que tal *impossibilidade* resulte apenas da falta de parentes ou afins da outra linha, uma vez que o critério decisivo último e que se sobrepõe a todos os demais é o do interesse dos menores.” Cfr. o Ac. do TRP de 16/01/2014 anteriormente referido.



parentes ou afins em desfavor dos restantes possíveis candidatos ao cargo<sup>339</sup>. Trata-se, por conseguinte, de uma orientação motivada pelo “maior afrouxamento dos laços familiares e pela redução sociológica do âmbito da família”<sup>340</sup>. Neste sentido, aliás, o Dec. Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, através da nova redação deferida ao n.º 1 do art.º 1952.º, deixou de distinguir os parentes para apelar “com grande flexibilidade para outros factores selectivos”<sup>341</sup>.

Não ignoramos, por isso, que outros afetos, ainda que relativos a terceiros, possam merecer relevo no momento da decisão incidente sobre a nomeação de um *defensor judicial* quando, por razões já nossas conhecidas, nenhum dos progenitores possa assumir a concreta obrigação de representar processualmente um filho menor no exercício das responsabilidades parentais. Tampouco o segmento “parentais” nos deve afastar desta conclusão. Com efeito, se na família alargada a outros afetos<sup>342</sup> houver quem provisoriamente possa tomar sobre a sua responsabilidade, sem interferências perniciosas de qualquer um dos progenitores, a representação em juízo de um menor em conflito de interesses com o representante legal, então poderá a escolha do juiz recair sobre um membro dessa família. Sob um tal contexto, assiste razão para acolhermos a possibilidade de, por exemplo, os laços concretos de um menor com a sua madrinha ou padrinho justificarem o chamamento de um ou outro à nomeação.

Não afastamos, porém, a presunção de que em tese os parentes e afins oferecem melhores garantias ao desempenho do cargo, razão suficiente para se perfilarem na primeira categoria de candidatos habilitados à nomeação. Admitindo, contudo, o contrário, o legislador adotou um sistema de enumeração exemplificativa das condições de que faz depender a opção pelos parentes e afins, de modo que a existência destes não obsta, de *per si*, à escolha de outras pessoas.

Da mesma forma, a opção por estas não está exclusivamente limitada à inexistência daqueles. Em bom rigor, o art.º 1952.º, n.º 2 prescreve o chamamento de outras pessoas à nomeação “na falta de parentes ou afins que possam ser designados *nos termos do número anterior*”. O sublinhado é nosso e com ele pretendemos acentuar que

---

<sup>339</sup> A este propósito pode ler-se na pronúncia judicial supracitada: “Não parece, pois, que do cotejo do n.º 1 com o n.º 2 do citado normativo resulte estabelecida uma necessária prioridade ou preferência absoluta, incondicional, pelos parentes ou afins em detrimento das demais pessoas.”

<sup>340</sup> F. A. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado V... op. cit.*, p. 479.

<sup>341</sup> *Idem*, p. 481.

<sup>342</sup> Pense-se, por exemplo, na figura dos “progenitores psicológicos” como alguém que na atuação do dia-a-dia preenche a necessidade sentida pela criança de ter um progenitor. Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal... op. cit.*, p. 78 (nota 59).

o segmento transcrito não sinonimiza a falta física de parentes ou afins. Em concreto, podem eles existir, mas não preencher nenhum dos critérios seletivos exemplificativamente elencados no número precedente e com arrimo nos quais se espera que o tribunal faça a sua escolha. Nesta circunstância, então, a lei ordena a designação de outras pessoas mesmo existindo fisicamente parentes e afins.

Assim, são critérios de escolha, “nomeadamente, a proximidade do grau, as relações de amizade<sup>343</sup>, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela pessoa do menor” (art.º 1952.º, n.º 1). De resto, o critério fundamental reside no interesse do próprio menor representado.

Concluindo, somos a entender que a representação judiciária de um menor incapaz de agir em situação de conflito de interesses com o representante legal competirá um vogal do conselho de família nomeado pelo juiz, eventualmente da secção especializada de família e menores<sup>344</sup>, sem necessidade de ser constituído o conselho de família e observada a ordem estabelecida no art.º 1952.º.

### 4.3) Competências

A atuação do *defensor judicial* estará limitada à existência do conflito de interesses que motivar a sua nomeação. Neste sentido, a função que o juiz lhe concederá no momento da sua designação há-de ser atribuída para o fim único de dirimir o conflito de interesses que oponha representante legal e menor representado. Bem se compreende, assim, que estamos diante uma figura de duração limitada no tempo.

Ora, a nota de provisoriedade que lhe imprimimos manifesta-se na circunstância de a sua nomeação obedecer à singularidade de um concreto conflito de interesses que há-de ser pontual e específico para a lide, não interferindo com a atuação do representante legal nos demais atos da vida civil do menor<sup>345</sup>. De tal modo que a

---

<sup>343</sup> Para LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II... op. cit.*, p. 492, “não parece que da simples amizade possa resultar a comunhão de interesses que a lei pretende evitar.” Todavia, é conveniente que a ser este o critério seja nomeado quem não possa ter interesses comuns com os dos progenitores. De contrário, quando os interesses do menor estiverem em oposição com os dos pais, também assim estarão com os do *defensor judicial*.

<sup>344</sup> Na sequência da entrada em vigor do Dec. Lei n.º 49/2014, de 27 de março, o novo Mapa Judiciário prevê hoje, em lugar dos *tribunais* de competência especializada, *secções* de competência especializada, nomeadamente, secções de família e menores.

<sup>345</sup> Na doutrina espanhola, Lete del Rio explica que “*las facultades del defensor judicial se circunscriben al acto específico en el que se produce el conflicto de intereses y por ello su actuación es perfectamente compatible con la de los padres en los restantes asuntos en que éstos no han sido suspendidos de sus funciones.*” Cfr. JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, “*Comentario al artículo 299 Cc.*”, in *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. IV, Madrid, 1985, p. 472.

representação por um *defensor judicial* se perspectiva enquanto representação *ad hoc*, servindo operacionalmente apenas no âmbito e para os fins do processo em curso<sup>346</sup>. Uma vez decidido aquele conflito, ter-se-á por cumprida a missão do *defensor judicial*<sup>347</sup>.

Em boa verdade, pretendemos que a pessoa nomeada desempenhe uma função eminentemente processual (e não material). A sua atividade não se confunde pois com a de um curador especial disciplinada pela lei civil e dirigida a reger a pessoa e a administrar os bens daquele menor. O *defensor judicial* servirá para atuar em nome e no interesse do menor representado que dentro da relação processual se apresenta como que dotado de uma *capitis deminutio* processual<sup>348</sup>.

A este propósito cobram relevo as considerações tecidas na rúbrica dedicada ao conceito e natureza jurídica do *defensor judicial* para apontarmos, como nota distintiva da figura, o seu carácter supletivo e subsidiário<sup>349</sup>.

A nota da supletividade exprime a ideia da prévia existência de um representante legal que guarda em si a titularidade das responsabilidades parentais. Com efeito, a função do *defensor judicial* esgotar-se-á na parcela de representação da qual ficarão suspensos os progenitores. Quer isto significar, por outras palavras, que a privação da representação legal ocorre ao nível do exercício – e não da titularidade – das responsabilidades parentais. A atuação do *defensor judicial* não implica a substituição absoluta dos progenitores na representação de um filho menor, pois que sempre estes conservam a titularidade desse poder-dever. A nota da subsidiariedade confirma a excecionalidade da atuação do *defensor judicial*, inconcebível como representante originário e permanente de um menor incapaz<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> Adaptando a caracterização que Fredie Didier faz da figura do curador especial, tal qual é acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, o *defensor judicial*, nos termos que vimos sugerindo, “trata-se de um representante nomeado *ad hoc* pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante a causa, e somente durante ela.” Cfr. FREDIE JR. DIDIER, *Curso de direito processual civil I*, 14.ª ed., JusPodivm, Salvador, 2012, p. 269.

<sup>347</sup> “Se trata (...) de una representación transitória: mientras dure la contraposición de intereses y en aquellos asuntos en los que ésta actúe.” Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO, *La representación...* op. cit., p. 287.

<sup>348</sup> Numa análise técnica, a não designação de um *defensor judicial* para cuidar exclusivamente dos interesses da criança e do adolescente implica um desequilíbrio na relação entre as partes: o julgador é imparcial; o representante legal é naturalmente assistido por um advogado, constituído ou nomeado; a sociedade e o Estado são protegidos pela atuação do Ministério Público, como *custos legis*. O menor, se não lhe é nomeado *defensor judicial*, está tecnicamente desassistido.

<sup>349</sup> Ideia também glosada por ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores...* op. cit., p. 40 (nota 15).

<sup>350</sup> No sentido do texto, Eduardo Martínez-Piñeiro esclarece que “de ningún precepto del Código cabe inducir la regla general de que siempre que los padres tengan intereses distintos a los de sus hijos deba procederse al nombramiento de defensor judicial. La regla general (...) es la representación legal de los padres (art. 162); la excepción, la representación ocasional por el defensor judicial, en el asunto en que exista conflicto de intereses (art. 163). Opinar lo contrario equivaldría a cercenar, sin causa, la

Podemos, pois, concluir, na senda de Hernandez Gil<sup>351</sup>, que o cargo de *defensor judicial* não confere à pessoa nomeada plena representação, nem anula a representação correspondente aos pais.

#### 4.4) Extinção do cargo

A circunstância de subordinar a atuação do *defensor judicial* à ocorrência de um conflito de interesses surgido no exercício do poder-dever de representação legal em juízo significa que a duração do cargo há-de ser determinada pelo tempo que perdurar o conflito. Tal é o pensamento a que obedece e de que é tradução a nota de provisoriedade que *supra* identificámos. Em tese, portanto, a missão do *defensor judicial* extinguir-se-á logo que resolvido o conflito que haja dado causa à sua nomeação. Nestes termos, a resolução do conflito de interesses será causa objetiva de extinção do cargo.

Reservamos ainda espaço, no entanto, para a consideração de uma outra, mas agora de cariz subjetivo. Em concreto, referimo-nos à extinção do cargo por morte da pessoa do *defensor judicial* na pendência da causa em que seja chamado a assumir a representação processual de um menor incapaz.

Uma análise sumária das opiniões consagradas nas principais ordens jurídicas europeias permite-nos avaliar da justeza das nossas palavras, contanto que tais opiniões se impõem na falta de uma qualquer orientação perfilhada pelos respetivos legisladores.

Assim, ao nível da elaboração doutrinal espanhola, distingue-se entre causas de extinção e causas de cessação do cargo<sup>352</sup>, ocorrendo a extinção por efeito da resolução do conflito de interesses que convoca a nomeação do “defensor”. Perante a ausência de regulamentação legal, a doutrina italiana<sup>353</sup> considera que a cessação das funções do “*curatore speciale*” produz-se automaticamente depois de cumprida a missão para a qual haja sido designado. Em França, e também porque o legislador se absteiu da questão, a doutrina<sup>354</sup> explica que sendo o conflito de interesses causa exclusiva da representação atribuída ao “*administrateur ad hoc*” ou ao “*tuteur ad hoc*”, as suas funções cessam com a resolução daquele.

---

*representación paterna.*” Cfr. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, “*Representación paterna y oposición de intereses*”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 229.

<sup>351</sup> Cfr. ANTONIO HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Reus, Madrid, 1983, p. 297.

<sup>352</sup> Para mais desenvolvida informação, vide JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ, *El defensor judicial*, *op. cit.*, pp. 355-363.

<sup>353</sup> *Idem* p. 357 (nota 468).

<sup>354</sup> *Ibidem*.

## CONCLUSÃO

O menor é uma pessoa humana plena, sujeito autónomo de direitos, caracterizada por uma situação de vulnerabilidade e dependência, que exige e fundamenta as responsabilidades parentais enquanto instituto jurídico, mas também dotada de autonomia para atuar por si mesmo e por si só, consoante possua um *minimum* de discernimento e maturidade.

Na verdade, o “problema dos menores” não se confina à incapacidade legal de agir, porquanto a imposição do estatuto da menoridade à criança e ao adolescente não impede o reconhecimento da sua capacidade de agir sempre que, em determinadas circunstâncias, sejam eles capazes de se autodeterminar. Da mesma forma, a maioridade deve ser considerada apenas um indício de capacidade, não permitindo extrapolar para uma verdadeira presunção de capacidade.

Paralelamente ao fenómeno da descoberta do menor na sua qualidade de pessoa acentua-se a corresponsabilidade de deveres entre pais e filhos. Foi aliás assim que a generalidade das legislações se mostrou permeável à redenominação do desatualizado instituto do poder paternal para responsabilidades parentais, evidenciando a complementaridade funcional do seu exercício por um pai e por uma mãe e a colaboração mútua entre pais e filhos.

Com efeito, na sociedade familiar com a estrutura e composição atuais, o velho poder paternal despe-se do carácter egoístico que o impregnava. Esbate-se a conceção romana do poder paternal, dominado por um princípio de subordinação hierárquica, para o substituir por um poder-dever exercido pelos progenitores em respeito pela autonomia progressiva dos filhos e no seu interesse. A este propósito, fala-se sugestivamente de um *favor minoris*.

Na prática, todavia, sempre subsiste um campo de tensão entre a responsabilidade dos pais e a autonomia progressiva do menor. Por conseguinte, os alegados conflitos de interesses entre pais e filhos afastam a presunção de que os pais são os naturais defensores dos menores. Nesta perspetiva, não podemos acreditar que aquilo que seria melhor teoricamente também o é na prática. De resto, é o legislador que não deposita confiança no representante legal do menor e delega na figura do curador especial o poder-dever de o representar.

Vimos, porém, que o regime excepcional a que o n.º 2 do art.º 1881.º sujeita a representação de um menor em conflito de interesses com o respetivo representante legal suscita dúvidas de interesse prático que entendemos examinar.

Desde logo, confrontámo-nos com a necessidade de delimitar o perímetro do conflito de interesses para problematizar a solução em que a lei se fixou. Nestes termos, o âmbito do nosso discurso não consentiu que desenvolvêssemos a temática a partir de todos os cenários em que se equaciona a ocorrência de um conflito de interesses entre representante legal e menor representado. Aflorado o problema como mera introdução ao debate, limitámo-nos a refleti-lo na perspectiva do exercício do poder-dever de representação legal de um menor em juízo, por ser neste contexto que, em nossa opinião, a redação do preceito se mostra imprecisa.

Na reflexão que nos propusemos partilhar, insistimos na necessidade do art.º 1881.º, n.º 2 traçar uma *summa divisio* entre representação em juízo e fora dele, com o objetivo de limitar ao campo puramente processual a atuação do representante especial a nomear na hipótese de conflito de interesses entre representante legal e menor representado.

A função que quisemos atribuir à pessoa chamada a garantir a *legitimatío ad processum* do sujeito menor de idade não é a de um curador especial e, por isso, considerámos dever ponderar-se o acolhimento da figura do *defensor judicial*.

Evidenciámos, assim, a sua singularidade, afastando-a de institutos que, pela sua aparente similitude, com ela poderiam confundir-se. Para tanto, situámos o *defensor judicial* na moldura da sua concreta atuação, caracterizando-o como representante processual *ad hoc* na manifestação de vontade de um menor em juízo quando, por incompatibilidade de interesses, o representante legal não possa atuar em seu nome, interesse e vez.

Tal como esclarecemos, a atuação do *defensor judicial* há-de ser determinada por um específico conflito de interesses e, esgotando-se na sua resolução, não interfere com a atuação do representante legal nos demais atos da vida civil do menor. Haverá apenas lugar a uma limitação temporária e concreta do exercício do poder-dever de representação legal em juízo, porquanto o representante legal em conflito de interesses com o menor representado sempre conserva a titularidade das responsabilidades parentais. Fica, no entanto, privado do exercício do direito de representar o menor em juízo. Mas tão-só desse direito, na medida em que continua legalmente autorizado a exercer quaisquer outros dos poderes-deveres que integram o conteúdo das responsabilidades parentais. De tal sorte

que a atuação do *defensor judicial* não confere à pessoa nomeada plena representação, nem anula a representação correspondente aos pais. Por este motivo se diz ser excepcional, supletiva e subsidiária.

Isto dito, e numa perspetiva de *iure condendo* face ao direito civil português, a implementação dogmática do conceito de *defensor judicial* justifica-se, em nosso entender, por ser possível identificar um conteúdo substantivo próprio para este instituto. Pretendemos, em bom rigor, que a figura ganhe autonomia, mormente face ao curador especial.

Este propósito não nos impede de continuar a reconhecer a utilidade da previsão da figura do curador especial, pois não descuramos que ela seja adequada para representar a pessoa de um menor incapaz e administrar os seus bens. Sê-lo-á, contudo, apenas no âmbito do direito civil material e não já processual.

Ao que se nos afigura, a questão não alcançou, por enquanto, o grau de amadurecimento suficiente para que a intervenção nesta matéria possa considerar-se desejável. Não obstante, os tribunais portugueses assumiram já uma quota-parte de responsabilidade na realização de jurisprudência atinente à temática e, por isso, o nosso trabalho seria incompleto se não nos servíssemos da atualidade do labor jurisprudencial. A juventude do tema, porém, ditou a dificuldade prática em encontrar jurisprudência prolixa.

Ainda assim, apesar da insuficiência dos exemplos que buscámos para ilustrar as nossas considerações, não pudemos deixar de o fazer para testar a aplicabilidade da solução proposta. Com efeito, equacionámos a nomeação de um *defensor judicial* sobretudo no contexto das ações de filiação, na suposição de que a representação em juízo de um menor não pode ser assegurada pelo respetivo representante legal, seja porque é do seu interesse evitar o reconhecimento da filiação biológica, seja porque figurará no polo oposto da ação.

Mereceu-nos observação o chamamento à nomeação quer do Ministério Público, quer de um advogado, quer mesmo do progenitor não conflituante. A convicção de que a intervenção do Ministério Público não se traduz numa mera representação de carácter processual, de que a atuação de um advogado não tem por finalidade regular a representação processual de um menor e de que o seu superior interesse dependerá de uma atuação isolada dos problemas concretos existentes entre os progenitores, orientou-nos para a conclusão de que a representação judiciária de um menor incapaz de agir em

situação de conflito de interesses com o representante legal compete a um vogal do conselho de família.

Esta será, enfim, a solução possível para dirimir o pressuposto conflito de interesses que constituiu o cerne da nossa investigação: o conflito que opõe o interesse do menor representado ao interesse de quem, por lei, o representa.

## §

Eis em traços muito ligeiros as linhas fundamentais do nosso projeto. Propusemos, no fundo, um desafio ao interessado, abrindo-se-lhes as portas das nossas hesitações.

Ao longo do caminho que calcorreámos assumimos um diálogo aberto com outros sistemas jurídicos, no propósito de surpreender soluções para os problemas que se nos colocaram. As dificuldades, porém, agudizaram-se perante a exígua dedicação que as questões por nós aqui trazidas têm merecido.

Houve já, certamente, ensaios nesta matéria, pelo que a nossa afirmação, longe de subestimar tais contributos, refere-se tão-só à inexistência de um trabalho de construção abrangente continuado. O que, por si, encerra sempre dificuldades. De meios e da própria ambição de objetivos. Ainda assim, a opção teve que ser feita e não nos pareceu que a timidez das opiniões maduras suplantasse a vantagem da nossa escolha.

Tivemos, naturalmente, consciência da dificuldade de uma investigação exaustiva e sem falhas, mas, e advertindo para a prudência das reflexões que nos moveram, ousámos deixar o nosso modesto contributo para o estudo de uma matéria que nos seduziu. Possa ele conceber-se como um repto a outras considerações de maior projeção que se ofereçam nesta que é uma matéria nuclear do direito da família.

Não temos, por isso, a pretensão de ter feito obra definitiva, porquanto as nossas palavras surgem apenas como algumas notas escritas com o fito de suscitar o interesse no assunto. O resto virá a seu tempo, se disso houver necessidade.



## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial II, Das Sociedades*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011.

ALARCÃO, Rui de, PROENÇA, José Brandão e RIBEIRO, Joaquim Sousa, “Maioridade e Emancipação na revisão do Código Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LII, 1976, pp. 365-388.

ALFAIATE, Ana Rita, “A tutela cível do superior interesse da criança – as providências tutelares cíveis tradicionais”, [Registo vídeo], Comunicação apresentada na ação de formação “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao “novo” instituto do apadrinhamento civil”, organizada pelo CEJ, organizada pelo CEJ, 31 de Janeiro de 20014, disponível in <http://www.justicativ.com> [consultado em 12/07/2015].

\_\_\_\_\_, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009.

ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *Efeitos da Filiação*, in *Reforma do Código Civil*, Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981.

ALMEIDA, Sandra Pereira de, “O Novo Conceito de Poder Paternal: As Responsabilidades Parentais”, *NewsLexTter - Reflexões sobre temas da atualidade*, disponível in [http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Fevereiro/Newsletter\\_EMS\\_Clientes\\_Privados.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2009/Fevereiro/Newsletter_EMS_Clientes_Privados.pdf) [consultado em 12/07/2015].

ALONSO PÉREZ, Mariano, “*El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 7-39.

ALVES, Raúl Guichard, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 6, 2005, pp. 103-148.

\_\_\_\_\_, *Alguns aspectos do instituto da representação no Código Civil de 1966*, Porto, 1992 (policopiado).

\_\_\_\_\_, “Observações a respeito da incapacidade de exercício dos menores e sua justificação”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 1989, pp. 359-365.

ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de Antunes Varela, ed. rev. e act. por Herculano Esteves, Coimbra Editora, Coimbra, 1979 (reimpr. 1993).

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral da Relação Jurídica I, Sujeitos e Objecto*, Almedina, Coimbra, 1960.

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral da Relação Jurídica II, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, reimpr., Almedina, Coimbra, 1992.

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, “*La representación legal de los hijos menores*”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999.

ARCIULI, Francesca Romana, “*La figura del curatore speciale nei procedimenti civili minorili*”, *Famiglia e Giustizia – Rivista Online di Diritto di Famiglia e Minorile*, ano 1, 2008, pp. 1-8.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

BAPTISTA-LOPES, Maria Manuela e DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos”, *Infância e Juventude*, n.º especial, 1991, pp. 229-248.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro, “Igualdade de género, responsabilidades parentais e «superior interesse da criança»”, pp. 1-5, disponível in <http://www.apmj.pt> [consultado em 12/07/2015].

BETTI, Emilio, *Teoria general del negocio jurídico*, traducción a la segunda edición por Martín Pérez, Madrid, 1959.

BOLIEIRO, Helena, GUERRA e Paulo, *A Criança e a Família - uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

CAMPELO, Alexandre Cabral, “Contrato consigo mesmo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 7, 1947, pp. 246-267.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.<sup>a</sup> ed., rev. e actual., Almedina, Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

CAPELO, Maria José, *Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil 1, Les Personnes*, 21.<sup>a</sup> ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

\_\_\_\_\_, *Droit Civil 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21.<sup>a</sup> ed. reformulada, Presses Universitaires de France, Paris, 2002.

CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel e GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual de Menores. Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2006.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil: sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981 (polic.).

CASTÁN VÁZQUEZ, José M.<sup>a</sup>, “Comentario al art. 156 Cc.”, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia I, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_, “Comentario al artículo 163”, in *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales II*, dirigidos por M. Albaladejo, t. III, Madrid, 1982.

\_\_\_\_\_, José M.<sup>a</sup>, “La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 3-6.

\_\_\_\_\_, José M.<sup>a</sup>, *La patria potestad*, Madrid, 1960.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000.

CHICO Y ORTIZ, José María, “El defensor judicial de menores y el registro de la propiedad”, *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 49, 1970, pp. 389-397.

CICU, Antonio, “La Filiazione”, in *Trattato di Diritto Civile Italiano III*, dirigido por Filippo Vassali, t. II, fasc. 1.º e 2.º, Torino, 1969.

COELHO, F. M. Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família II, Direito da Filiação*, t. I, 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito da Família I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

COELHO, F. M. Pereira, “La protection de l’enfant (Journées Egyptiennes – Rapport portugais)”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXX, 1979, Economica, Paris, 1981, pp. 103-113.

\_\_\_\_\_, “Representação de menores pelo M. P. em acções de investigação de paternidade – Anotação ao Acórdão de 15 de Outubro de 1980, do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115.º, n.ºs 3695 e 3696, pp. 58-64 e 78-82.

CORDEIRO, António Menezes, “A Representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. II: *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- \_\_\_\_\_, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004.
- CORNU, Gérard, *Droit Civil. La famille*, 7.<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1984.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona e PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.<sup>a</sup> ed. actual., AAFDL, Lisboa, 2011.
- CUNHA, Carolina, “A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas)” in Alexandre Soveral Martins *et al*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, org. Problemas do Direito das Sociedades, 2.<sup>a</sup> reimpr., Almedina, Coimbra, pp. 201-233.
- CUPIS, Adriano de, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950.
- DE CASTRO, Federico, *Temas de Derecho Civil*, reimpr., Madrid, Graf. Marisal, 1976.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Civi de España II*, Civitas, Madrid, 1952 (reimpr., Madrid, 1984).
- \_\_\_\_\_, “El autocontrato en el Derecho privado español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 51, vol. 76, 1927, pp. 33-455.
- DE LA CÁMARA, “Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil”, in *Estudios de Homenaje a F. De Castro I*, Madrid, 1976.
- DIAS, José de Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 3.<sup>a</sup> reimpr., Coimbra Editora, 2011.
- DIDIER, Fredie Jr., *Curso de direito processual civil I*, 14.<sup>a</sup> ed., JusPodivm, Salvador, 2012.
- DÍEZ-PICAZO Luis, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1978.
- DOSI, Gianfranco, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Giappichelli, Torino, 2010.
- DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, 1.<sup>a</sup> reimpr., AAFDL, Lisboa, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español IV, Familia*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1984.
- FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997.
- FARINHA, António H. L., LAVADINHO, Conceição, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, 1997.
- FARINHA, António, “Relação entre mediação familiar e os processos judiciais”, *Infância e Juventude*, n.º 2, 1999, pp. 69-99.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e actual., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009

- \_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito Civil I*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 2.<sup>a</sup> ed., LEX, Lisboa, 1996.
- FERREIRA, José Dias, *Código Civil Portuguez anotado I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Código Civil Portuguez Anotado I*, 2.<sup>a</sup> ed., Imprensa Nacional, Lisboa, 1870-1876, disponível in [http://purl.pt/12145/4/sc-2282-v/sc-2282-v\\_item4/sc-2282-v\\_PDF/sc-2282-v\\_PDF\\_24-CR0150/sc-2282-v\\_0000\\_capa-capa\\_t24-C-R0150.pdf](http://purl.pt/12145/4/sc-2282-v/sc-2282-v_item4/sc-2282-v_PDF/sc-2282-v_PDF_24-CR0150/sc-2282-v_0000_capa-capa_t24-C-R0150.pdf).
- FESTAS, David Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- FIALHO, António José, "O papel e a intervenção da escola em situações de conflito parental", *Revista On-Line Verbo Jurídico*, 2012, pp. 1-36.
- FLORENSA I TOMÁS, Carlos Enric, *El defensor judicial*, Civitas, Madrid, 1990.
- FRANCO, Matheus Pacheco, "Considerações sobre a Curadoria Especial", disponível in <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-sobre-a-curadoria-especial,33598.html> [consultado em 12/07/2015].
- FREEMAN, Michael D. A., *The Moral Status of Children. Essays on The rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Cambridge, 1997.
- FREITAS, José Lebre de, PINTO, Rui e REDINHA, João, *Código de Processo Civil Anotado I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- GIARDINA, Francesca, "Minore. I) Diritto Civile", in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990.
- \_\_\_\_\_, *La condizione giuridica del minore*, Jovene Editore, Napoli, 1984.
- GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 2.<sup>a</sup> ed., Quid Juris, 2009.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jeronimo, "El defensor judicial", in *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1930.
- GONZÁLEZ, Miguel, Voz: "Representación legal", in *Enciclopedia Juridica Básica IV*, Madrid, 1995.
- GUALAZZINI, Ugo, "Età. b) Diritto Intermedio", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, “Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar”, *Revista do Ministério Público*, ano 3, vol. 10, 1982, pp. 193-201.

HERANDEZ GIL, Felix, “Sobre la figura del defensor judicial de menores”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 201-213.

HERNANDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Reus, Madrid, 1983.

HÖRSTER, H. Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpr., Almedina, Coimbra, 2000.

JIMÉNEZ ASENJO, Luis, Voz: “Defensor judicial”, in *Nueva Enciclopedia Jurídica VI*, Barcelona, 1975.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil I*, Forense, Rio de Janeiro, 1998.

JUSTO, A. SANTOS, *Direito privado romano – IV. Direito da Família*, in *Studia Iuridica* 93, 2008.

LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1998/1999.

\_\_\_\_\_, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

LEANDRO, Armando G., “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 113-164.

LEMOULAND, Jean- Jacques, “L’assistance du mineur, une voie possible entre l’autonomie et la représentation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, pp. 1-24.

LETE DEL RÍO, José Manuel, “Comentario al artículo 299 Cc.”, in *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. IV, Madrid, 1985.

LIMA, F. A. Pires de e VARELA, J. M. Antunes, *Código Civil Anotado V*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

LIMA, F. A. Pires de, “Filiação, Poder Paternal, Tutela de Menores, Emancipação e Maioridade – Projecto de Reforma”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, pp. 23-112.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium Editorial, Madrid, 1993.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, “El deber de representación en la patria potestad: flexibilidad”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 1150-1158.

- MACHADO, J. Baptista, “Tutela da confiança e ‘venire contra factum proprium’”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117.º, pp. 265-269.
- MAFFEI, Domenico, “*Capacità. Diritto Intermedio*”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español II*, 7.ª ed., Reus, Madrid, 1957.
- MARQUES, J. P. Remédio, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013”, in *O novo processo civil – contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2.ª ed., CEJ, Dezembro de 2013, pp. 499-518, disponível in <http://www.cej.mj.pt>. [consultado em 12/07/2015].
- \_\_\_\_\_, *Acção Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, “*La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor de edad: Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro derecho civil*”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV, n.º 4, 1992, pp. 1391-1498.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo, “*Representación paterna y oposición de intereses*”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 199-242.
- MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, pp. 65-74.
- \_\_\_\_\_, “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 791-831.
- MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MELO, Helena Gomes de *et al*, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2010.
- MENDES, João de Castro, *Teoria geral do direito civil I*, reimpr., AAFDL, Lisboa, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, AAFDL, Lisboa, 1990/1991.

MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXII, 1990, pp. 23-56.

\_\_\_\_\_, “O Poder Paternal no Código Civil de 1867 e no novo Código Civil. Breve Confronto”, *Informação Social*, n.º 8, 1967, pp. 75-81.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989.

MORENO QUESADA, Bernardo, “Los supuestos de la administración legal en el Código Civil”, in *Estudios de Derecho público y privado en homenaje a Ignacio Serrano I*, Valladolid, 1966.

MOTA, Helena, *Do Abuso de Representação: uma análise da problemática subjacente ao artigo 269.º do Código Civil de 1966*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

NARDI, Sandro, “La rappresentanza del minore nei procedimenti di divorzio e di separazione alla luce della legge sull’affidamento condiviso: un’ulteriore occasione mancata”, *Civitas et Justitia*, 2007, pp. 1-9.

NEPPI, Vittorino, *La rappresentanza, Saggio di una ricostruzione critica*, Milán, 1961.

NOVAIS, Jorge Reis, *Renúncia a direitos fundamentais*, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, organizado por Jorge Miranda, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5-32.

\_\_\_\_\_, “O poder paternal e o exercício do direito de queixa – Anotação ao Acórdão de 2 de Março de 2000, do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º, n.ºs 3911 e 3912, pp. 94-96.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Protecção de menores/Protecção familiar”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 267-275.

\_\_\_\_\_, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132.º, pp. 16-19.

\_\_\_\_\_, “O direito da filiação na jurisprudência recente”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1983, pp. 119-142.

PASSINHAS, Sandra, “Avaliação crítica da Lei n.º 61/2008 – novos rumos do Direito da Família”, [Registo vídeo], Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, organizada pelo CEJ, 1 de Março de 2013, disponível in <http://www.justicativ.com> [consultado em 12/07/2015].

PELOSI, Angelo Carlo, *La patria potestà*, Giuffrè, Milano, 1965.



PEREIRA, André Gonçalo Dias, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 199-249.

PINTO, C. A. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, pp. 479-585.

PUGLIATTI, Salvatore, “*Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante*”, in *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965.

PUIG FERRIOL, Luis, “*Comentario al art. 299 Cc.*”, in *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: ley 51/982 de 13 de julio de 1982 y ley 13/983 de 24 de octubre de 1983*, Tecnos, Madrid.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Actual*, 2.<sup>a</sup> ed., Quid Juris 2011.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado I*, 3.<sup>a</sup> ed., reimpr., Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_, *Processos Especiais II*, reimpr., Coimbra Editora, 1982.

RESCIGNO, Pietro, “*I minori tra famiglia e società*”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, ano XI, 1982, pp. 271-283.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, in *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito e Saúde*, ano 7, n.º 14, 2010, pp. 105-138.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil II*, trad. por Ramón Serrano Suñer e José Santacruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1929-1931 (reimp. 1944-45; 1977-79).

RUIZ-RICO, José Manuel e ALGUACIL GARCIA, M.<sup>a</sup> José, “*La representación legal de menores e incapaces: contenido y limites de la actividad representativa*”, Aranzadi, Navarra, 2004.

SANCHÉZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz, “*El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de Familia de Cataluña*”, *Revista Jurídica da Cataluña*, 2001, pp. 639-660.

- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil II*, t. V, 2.<sup>a</sup> ed., Sucesores de Rivadaneira, Madrid, 1912.
- SANTOS, Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1999.
- SANTOS, Severino Augusto, *Direito romano. Tutela da idade (tutela impuberum)*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.
- SERRA, A. Vaz, “Contrato Consigo Mesmo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 91.º, n.º 3130, pp. 195-204.
- SILVA, Manuel Duarte Gomes, *Curso de Direito da Família* [Apontamentos das lições proferidas pelo Sr. Prof. Doutor Gomes da Silva no ano lectivo de 1960-61, coligidas pelos alunos Jorge Liz e Vasconcelos Abreu], AAFDL, Lisboa, 1960.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara Sottomayor, *Exercício do poder paternal (relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens)*, 2.<sup>a</sup> ed., Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.<sup>a</sup> ed. rev. aument. e actual., Almedina, 2008.
- SOUSA, António Pais de, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados no Âmbito do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1971.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, “Recentes alterações em direito da família, direito dos menores e direito das sucessões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 89, t. I, 2013, pp. 115-140.
- \_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- \_\_\_\_\_, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- STAHL, Rebecca M., “«Don’t forget about me»: implementing article 12 of the united nations convention on the rights of the child”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2007, pp. 1-40.
- TOMMASEO, Ferruccio, “*Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*”, *Famiglia e Diritto*, n.º 4, 2007, pp. 409-415.
- URIBE SORRIBES, Antonio, “*La representación de los hijos*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, Madrid, 1982, pp. 239-278.
- VARELA, J. M. Antunes Varela, BEZERRA, J. Miguel e NORA, José Joaquim Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- VARELA, J. M. Antunes, *Direito da Família I*, 5.<sup>a</sup> ed., rev., actual. e completada, Livraria Petrony, Lisboa, 1999.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_, *A Procação Irrevogável*, 2.<sup>a</sup> reimpr., Almedina, 2005.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

- Acórdão “T. contra Reino Unido”, de 16 de Dezembro de 1999 (proc. n.º 24724/94)
- Acórdão “V. contra Reino Unido”, de 16 de Dezembro de 1999 (proc. n.º 24888/94)
- Acórdão “Sahin contra Alemanha”, de 8 de Julho de 2003 (proc. n.º 30943/96)

### **Supremo Tribunal de Justiça**

- Acórdão de 12 de Junho de 2012 (proc. n.º 06P1948)
- Acórdão de 18 de Abril de 2012 (proc. n.º 148/07.0TAMBR.P1-B.S1)
- Acórdão de 28 de Setembro de 2010 (proc. n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1)
- Acórdão de 8 de Abril de 2008 (proc. n.º 08A493)
- Acórdão de 16 de Abril de 1982 (proc. n.º 069102)
- Acórdão de 15 de Outubro de 1980 (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115.º, n.º 3695, pp. 58-62)

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Acórdão de 17 de Setembro de 2014 (proc. n.º 92/13.2TAVZL.C1)
- Acórdão de 6 de Outubro de 2010 (proc. n.º 1123/08.3 TAGRD.C1)

### **Tribunal da Relação de Évora**

- Acórdão de 19 de Junho de 2008 (proc. n.º 1469/08-2)

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão de 18 de Fevereiro de 2014 (proc. n.º 1918/11.0TBMTA.L2-7)
- Acórdão de 4 de Outubro de 2007 (proc. n.º 5221/2007-8)
- Acórdão de 27 de Junho de 2006 (proc. n.º 4669/2006-7)
- Acórdão de 26 de Fevereiro de 2004 (proc. n.º 1157/2004-9)

- Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003 (proc. n.º 0009489)
- Acórdão de 2 de Março de 2000 (*Coletânea de Jurisprudência*, t. I, 2000, pp. 136 e ss.)
- Acórdão de 22 de Abril de 1980 (*Coletânea de Jurisprudência*, t. II, 1980, p. 226).

### **Tribunal da Relação do Porto**

- Acórdão de 2 de Julho de 2014 (proc. n.º 53/12.9GTSJM-D.P1)
- Acórdão de 2 de Abril de 2014 (proc. n.º 261/12.2GDVFR.P1)
- Acórdão de 16 de Janeiro de 2014 (proc. n.º 2343/11.9TMPRT.P1)
- Acórdão de 16 de Outubro de 2013 (proc. n.º 555/12.7GAMAI.P1)
- Acórdão de 26 de Setembro de 2012 (proc. n.º 4/11.8GATBC-A.P1)
- Acórdão de 16 de Abril de 2012 (proc. n.º 909/10.3TTVCT.P)
- Acórdão de 15 de Fevereiro de 2012 (proc. n.º 22/08.3TBVLG.P1)
- Acórdão de 15 de Julho de 2009 (proc. n.º 199/07.5TYVNG-B.P1)
- Acórdão de 29 de Abril de 2009 (proc. n.º 190/07.1GAMDB.P1)
- Acórdão de 29 de Novembro de 2006 (proc. n.º 0636408)
- Acórdão de 10 de Maio de 2006 (proc. n.º 0546502)
- Acórdão de 23 de Outubro de 2002 (proc. n.º 0141267)
- Acórdão de 25 de Junho de 2001 (proc. n.º 0150796)

### **Tribunal Supremo Espanhol**

- Sentencia de 9 de Maio de 1968
- Sentencia de 6 de Novembro de 1934 (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 215, 1934, pp. 477-494)
- Sentencia de 9 de Junho de 1909 (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 78, 1986, pp. 381-386)

### **Dirección General de los Registros y del Notariado**

- Resolución de de 9 de Junho de 1924 (*Jurisprudencia Civil*, n.º 61, t. 163, p. 376)

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>Capítulo I - O sujeito menor de idade</b> .....	10
<b>Secção I - Menoridade e maioridade</b> .....	10
1) Definição para o direito civil.....	10
2) Articulação entre menoridade e maioridade.....	11
<b>Capítulo II - A incapacidade de princípio do sujeito menor de idade</b> .....	17
1) O princípio da incapacidade por menoridade.....	17
1.1) O princípio da incapacidade legal de agir por menoridade .....	19
1.1.1) Críticas dirigidas ao princípio da incapacidade legal de agir por menoridade	22
1.1.2) Suprimento da incapacidade legal de agir por menoridade.....	27
<b>Capítulo III - Representação legal no exercício das responsabilidades parentais</b> .....	29
<b>Secção I - Configuração jurídica da representação legal</b> .....	29
1) Teorias sobre a representação legal.....	29
2) Conceito de representação legal .....	31
<b>Secção II - Responsabilidades parentais</b> .....	32
1) Abandono do velho instituto do poder paternal .....	32
2) Conceito de responsabilidades parentais .....	35
3) Conteúdo das responsabilidades parentais .....	38
4) Titularidade e exercício das responsabilidades parentais.....	40
4.1) Exercício das responsabilidades parentais no âmbito da atuação representativa dos pais – representação em juízo .....	47
4.1.1) Representação ativa .....	48
4.1.2) Representação passiva .....	56
<b>Capítulo IV - Conflito de interesses entre representante legal e menor representado</b> .....	58
<b>Secção I - Génesis da figura do curador especial. Antecedentes históricos</b> .....	59
1) A figura em ordenamentos jurídicos estrangeiros .....	59
2) A figura no ordenamento juscivilístico português .....	62
<b>Secção II - Da necessidade de um defensor judicial</b> .....	65
1) Apelo a uma nova terminologia .....	65
2) Conceito e natureza jurídica .....	70
3) Pressupostos de atuação.....	72
3.1) Conflito de interesses: conceito e âmbito.....	72
3.1.1) Conceito.....	72
3.1.2) Âmbito.....	75
3.1.2.1) Subjetivo .....	75

3.1.2.2) Objetivo.....	75
4) Configuração.....	78
4.1) Instituição do cargo .....	78
4.1.1) Nomeação judicial.....	78
4.1.2) Natureza do procedimento de nomeação.....	80
4.1.3) Legitimidade ativa para requerer a nomeação .....	82
4.2) Quem pode ser defensor judicial: requisitos .....	83
4.2.1) Ministério Público .....	84
4.2.2) Advogado.....	88
4.2.3) Progenitor não conflituante.....	91
4.2.2) Vogal do conselho de família.....	96
4.3) Competências.....	98
4.4) Extinção do cargo.....	100
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>105</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>116</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>118</b>