



D TEXTOS DE
IREITO DA
FAMÍLIA

PARA FRANCISCO PEREIRA COELHO

Guilherme de Oliveira

COORDENAÇÃO

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2016

A CARGA DO SUSTENTO E O “PAI SOCIAL”

Paula Távora Vítor

Assistente convidada da Faculdade de Direito de Coimbra

I. Introdução

Deparamo-nos actualmente com um número crescente de situações que colocam debaixo do mesmo tecto pessoas entre as quais não se estabelecem laços familiares ou pessoas que desempenham os papéis que, à partida, seriam entregues a outros membros da família. Na base do maior peso social desta realidade estará o facto de existir um número crescentes de divórcios ou de ruptura da união de facto e subsequentes casamentos ou novas uniões de facto¹. Ora, poderão existir filhos nascidos destas relações que se encontram, portanto, inseridos nestas “famílias *patchwork*”² ou famílias recombinadas³.

Neste contexto, há que ter em conta que um novo elemento surge ao lado dos que tradicionalmente cuidariam dos filhos – o padrasto ou madrasta ou o companheiro ou companheira da mãe ou do pai.

¹ Silvia Tamayo fala-nos de uma “poligamia sucessiva da sociedade actual”. Silvia Tamayo Haya, *El Estatuto Jurídico de los Padrastos – Nuevas Perspectivas Jurídicas*, Madrid, Reus, 2009, p. 19.

² Silvia Tamayo Haya, *El Estatuto Jurídico de los Padrastos*, p. 17.

³ Para uma leitura do significado da recomposição familiar, ver Marco Dell’Ultri, «Famiglie ricomposte e genitore “di fatto”», *Famiglia – Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, marzo-aprile, n. 2, 2005, p. 275 ss.

Todavia, e apesar de esta pessoa poder muitas vezes assumir a responsabilidade de facto pela criança, tal situação de “quase-parentalidade”⁴ ou “parentalidade social” não foi, para a maior parte dos propósitos, reconhecida pela lei. Existe uma excepção relevante, todavia. A lei não ignora a relação quando se trata de velar pela subsistência da criança. Daí que seja relevante perceber os contornos do papel do padrasto, em particular, e do “pai social” em geral, enquanto responsável pelo sustento da criança, bem como equacionar a ligação entre o papel de provedor e o papel de cuidador.

II. A posição do “pai social” como responsável pelo sustento da criança

A. O padrasto

1. Relação entre padrasto e enteado – deveres de sustento

Entre padrasto e enteado estabelece-se uma relação familiar, já que, sendo o padrasto casado com um progenitor da criança, estão relacionados pelo “vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro” (artigo 1584.º CCiv).

Os efeitos jurídicos da afinidade são parcos⁵, mas desta relação resulta a imposição de uma obrigação de alimentos de padrastos

⁴ Na ausência de uma expressão neutra e cómoda em termos de género a que se possa lançar mão na língua portuguesa e porque a classificação técnica de afim no primeiro grau da linha recta ascendente seria impraticável em termos de texto, usarei o termo padrasto para me referir tanto à situação de madrastra como de padrasto. A expressão “pai social” será utilizada para abarcar quer a figura do padrasto quer a do companheiro do progenitor. Também utilizarei a expressão “progenitor” para me referir a qualquer dos dois géneros, mas as considerações tecidas a propósito do progenitor abrangem a mãe ou o pai adoptivo, uma vez que os filhos adoptados se integram com os seus descendentes na família do adoptante (artigo 1986.º CCiv).

⁵ Cfr. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, 4.ª Ed., 2008, p. 48 e 49.

em relação aos enteados. Na verdade, no elenco daqueles que são legalmente obrigados a alimentos encontramos “[o] padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste” (artigo 2009.º, n.1, al. f) CCiv).

Ora, tal como relativamente aos obrigados das restantes alíneas do 2009.º, esta obrigação resulta de uma relação familiar. Na verdade, apesar de surgir apenas na eventualidade da morte do cônjuge-progenitor, a relação de afinidade subsiste. Isto porque, apesar da alteração operada pela Lei n. 61/2008, de 31 de Outubro, relativamente à cessação da relação de afinidade com o divórcio, a lei é clara e este vínculo “não cessa pela dissolução do casamento por morte” (artigo 1585.º CCiv).

Todavia, o padrasto não aparece numa posição destacada na ordem legal – ocupa o último lugar da lista. Só será chamado na ausência de resposta (por inexistência ou impossibilidade de prover ao seu sustento) de ascendentes, irmãos ou tios (artigo 2009.º, n.1, als. c), d) e e) CCiv).

Ao contrário dos restantes casos do artigo 2009.º do Código Civil, a obrigação não é recíproca. Vemos o padrasto ou a madrasta a serem chamados, ou seja, o afim no primeiro grau da linha recta ascendente, mas não o enteado, também ele afim no primeiro grau da linha recta, mas desta feita descendente⁶. É uma posição que bem se compreende, tendo em conta que, ao contrário destes outros obrigados, o seu dever está enquadrado por particulares circunstâncias: só existe em relação a enteados menores e apenas se estes estivessem a cargo do progenitor-cônjuge do padrasto no momento da sua morte⁷.

⁶ Ascendentes e descendente (parentes) são chamados. Mas os termos em que o são podem ser diferentes, fora da obrigação alimentícia geral.

⁷ A norma do ordenamento jurídico alemão que determina uma obrigação de alimentos a cargo do padrasto em caso de morte do progenitor não faz exigências

Esta solução de favor relativamente ao enteado é consistente com o tratamento privilegiado que a menoridade goza no campo dos alimentos. Ainda que seja verdade que a obrigação alimentícia geral que impende sobre os ascendentes e sobre os descendentes se pauta pelos mesmos termos, não podemos reconhecer esta reciprocidade⁸ relativamente à obrigação de alimentos que pesa sobre os progenitores do menor, que foi já classificada doutrinariamente como uma obrigação unilateral⁹. Na verdade, este dever não se reconduz à mera obrigação geral de alimentos¹⁰, não se basta com a satisfação das necessidades básicas do filho¹¹ e pode ser cumprido também através de “prestações de facto infungíveis” por parte dos progenitores, que garantem, também por esta via, todos os cuidados necessários ao pleno desenvolvimento da criança^{12/13}. De facto, os

deste género. O § 1371 (4) BGB, enquadrado no regime da *Zugewinnausgleich*, determina uma obrigação do padrasto prestar alimentos para a formação adequada (*angemessenen Ausbildung*) do enteado, sem especificar requisitos de idade e de residência. Peschel-Gutzeit, Lore Maria – «Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland - Rechtlicher Status und tatsächliche Situation», *Familie Partnerschaft Recht* (FPR) n. 2, 2004, p. 50.

⁸ Quando muito, poderemos falar numa “reciprocidade assimétrica”, como sustenta Moreno Mozos, face à lei espanhola, no contexto da qual, note-se, o Autor considera que os filhos são *sempre* obrigados à contribuição. Moreno Mozos, *Cargas del matrimonio*, p. 87. Mas não valorizemos em demasia a reciprocidade como “suposta característica da obrigação alimentar “comum”. É Maria de Nazareth Lobato de Guimarães quem recusa esta nota como “fundante” e sustenta que não tem reflexos decisivos no regime. Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, In *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, p. 212.

⁹ J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 83.

¹⁰ Sobre a estrita obrigação de alimentos dos filhos face ao dever de manutenção dos filhos, v. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, «Obrigação de alimentos», *Boletim do Ministério da Justiça*, Julho, n. 108, 1961, p. 30, J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 67 e 68, e, na doutrina espanhola, L. Díez-Picazo e A. Gulló, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 10 Ed., 2006, p. 260.

¹¹ Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, p. 30 e 32.

¹² J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 71.

¹³ O que levou Rosa Martins, em consonância com as designações italiana (*obbligo di mantenimento*) e francesa (*obligation d'entretien*), a propor o termo “poder-dever de manutenção”, ancorado na terminologia utilizada pelo artigo 36.º,

pais do menor estão obrigados a pagar alimentos de modo a irem ao encontro do seu próprio nível de vida, que devem proporcionar ao descendente^{14/15}, o que não acontece se as posições activa e passiva se alterarem e serem os pais os credores de alimentos^{16/17}.

n.º 3 da Constituição. Martins, Rosa, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 203.

¹⁴ J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 189.

¹⁵ Assim, também diverge da obrigação alimentar comum por, em princípio, serem sempre devidos pelos progenitores, desligando-se de uma determinação ditada pela necessidade do que auferir alimentos e dos recursos daquele que os há-de prestar. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 72, nota 96, Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, p. 211 e 212, Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 294 ss. V. também J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 73, que nota a importância da fixação de alimentos ainda que os progenitores não estejam empregados ou não tenham meios de subsistência, nomeadamente para efeitos de funcionamento do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menor (FGADM). Note-se, no entanto, que tal não obsta a que a obrigação do FGADM seja classificada como uma “obrigação distinta e autónoma da obrigação do devedor de alimentos (...) uma obrigação nova que, baseada na solidariedade estadual, serve primacialmente uma função de garantia daquela outra obrigação familiar de alimentos”, como resulta dos estudos de Remédio Marques. J. P. Remédio Marques, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7.7.2009, Proc. 0682/09», in *Cadernos De Direito Privado*, 34, Abril/Junho, 2011, p. 32.

¹⁶ De facto, os filhos menores também podem ser chamados a efectuar a sua contribuição. O artigo 1896.º, n.º 1, do Código Civil permite que os progenitores, no exercício da administração dos bens dos filhos, utilizem os rendimentos dos bens destes para satisfazerem as despesas com o seu sustento, segurança, saúde e educação, estendendo, “dentro dos justos limites”, a possibilidade de dar resposta por esta via a “outras necessidades da vida familiar”. Mas esta *possibilidade* (Cf. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 88) não se sobrepõe à satisfação das necessidades do próprio filho e só pode ser exercida dentro de “justos limites”. Ainda assim, a doutrina nacional sempre aconselha uma cautelosa aplicação, como já defenderam Maria de Nazareth Lobato de Guimarães (Maria de Nazareth Lobato de Guimarães, Alimentos, p. 198) e Pires de Lima e Antunes Varela, (Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, Arts. 1796.º-2023º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 320). Na verdade, voltamos à ideia de que é aos pais que incumbe, em primeira linha, prover ao sustento e educação dos filhos menores. A obrigação dos filhos funciona de forma meramente subsidiária, quando especiais circunstâncias o imponham, não havendo que corresponder em termos de igualdade. Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. V, p. 319 e 320).

¹⁷ Para Remédio Marques, esta obrigação deve pautar-se por um “minimalismo alimentar”, que evite um “acentuado – porque chocante – desnível de vida” entre os membros da pequena família, sem que, em função da contribuição devida, o filho,

A menoridade do alimentando justifica também que só este beneficie da obrigação alimentar do padrasto e não se torne ele próprio um devedor.

1. Em vida do progenitor residente

Segundo os critérios do artigo 2009.º, n. 1, al. f), não pareceria que o padrasto tivesse o dever de prover à subsistência do enteado enquanto o progenitor residente fosse vivo. Todavia, há que considerar duas situações distintas.

1.1. Quando o padrasto é casado com o progenitor residente

Uma vez que o progenitor da criança e o padrasto são casados, encontram-se mutuamente obrigados por deveres conjugais, incluindo o dever de assistência. Uma das dimensões deste dever – aquela em que ele se precipita quando os cônjuges coabitam – é a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar (artigo 1675.º CCiv). Embora não se trate de um dever face ao enteado, mas antes face ao seu progenitor – o cônjuge¹⁸ – podemos incluir nos “encargos normais da vida familiar” aquilo que diz respeito à criança ou adolescente¹⁹. De facto, só deste modo será possível a plena integração

titular do património, baixe ele mesmo o seu nível de vida de forma significativa. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 91.

¹⁸ Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, p. 131.

¹⁹ Já Braga da Cruz defendia que “sob pena das mais lamentáveis e desagradáveis confusões” teriam de ser considerados encargos normais da vida familiar a satisfazer pelos “as despesas feitas com o passadio das pessoas que vivem com os cônjuges sob a mesma economia doméstica”, ainda que tais pessoas não fossem titulares de um direito de alimentos. O autor defendia que a vida em comunhão de mesa e habitação com outros parentes (ou mesmo estranhos) justificava que não tivesse de ser especificado o peso de cada um na economia doméstica e o qual o cônjuge que suportava esse encargo. Assim, ambos os cônjuges seriam responsabilizados por estes “encargos normais da vida familiar”, ainda que só derivassem de um deles, “a menos que tenham acordado alguma coisa nesse sentido”. Guilherme Braga da

do filho no ambiente familiar do progenitor que o tem à sua guarda, condição essencial para cultivar o livre desenvolvimento da personalidade da criança ou jovem.

Em princípio, na situação descrita, a criança coabita com o padrasto. Será assim porque era um filho de anterior relação do seu cônjuge e, portanto, uma presença familiar com a qual poderia contar aquando da celebração do casamento. Ou será um filho nascido na constância do matrimónio, que não seja filho do padrasto, e terá sido introduzido no lar conjugal com o consentimento deste (artigo 1883.º CCiv).

Mas é possível que não haja comunhão de habitação entre o cônjuge-padrasto e o cônjuge-progenitor residente e, ainda assim, não estarmos perante uma situação de separação de facto, continuando a haver, portanto, contribuição para os encargos da vida familiar de que o enteado faz parte. E é possível que o filho, à guarda do cônjuge do padrasto, não coabite com o casal, mas, ainda assim, veja as suas necessidades satisfeitas neste contexto. Na verdade, a noção de “convivência” ou de “vida em comum” que deve operar aqui deve ser entendida de forma flexível. Não parece exigir necessariamente a partilha do mesmo espaço físico, mas deve incluir situações em que os filhos residem habitualmente noutra local (porque, por exemplo, frequentam estabelecimento de ensino em regime de internato ou no estrangeiro)²⁰. Importante será que não tenham adoptado uma existência autónoma²¹. Assim, os filhos menores não emancipados estarão inseridos no lar conjugal do progenitor que detém a sua

Cruz, Capacidade patrimonial dos cônjuges, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 69, Outubro, 1957, p. 394.

²⁰ Cristina Dias considera que “[a] noção de encargos da vida familiar é mais lata que a mera relação entre os cônjuges (e as simples despesas domésticas, a que se referia a versão original do nosso Código Civil de 1966), podendo abranger os encargos com todos o que vivam *sujeitos às mesmas relações afectivas e económicas, mesmo que não sob o mesmo tecto* (por exemplo, se os filhos estão a estudar longe de casa).” (itálico nosso). Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 59.

²¹ J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 155, nota 197.

guarda²² e devem comungar do nível de vida deste núcleo familiar, ao lado do progenitor, do padrasto e de outro filhos, nomeadamente filhos comuns dos cônjuges, relativamente aos quais não poderá ser discriminado²³.

Tal não obsta a que o contributo do padrasto, diluído nos encargos da vida familiar, não afaste nem dispense o pagamento de alimentos por parte do progenitor não residente, esse sim obrigado a alimentos face ao filho, nos termos do artigo 1905.^o²⁴. E esta prestação alimentícia será mobilizada pelo seu progenitor residente para fazer face, indiscriminadamente, às necessidades do filho.

Há ainda que notar que as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar são consideradas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (artigo 1691.^o, n.1, b)). Daí que, relativamente a uma dívida desta natureza que vise responder a necessidades do filho de um dos cônjuges que com ele conviva, possam responder não só os bens comuns do casal, mas, na falta ou insuficiência deles, também os bens próprios de qualquer dos cônjuges, solidariamente (artigo 1695.^o CCiv). Assim, o padrasto pode vir a responder, mesmo com os seus bens próprios, por dívidas contraídas para fazer face a despesas de subsistência do enteado²⁵, sem prejuízo do disposto no artigo 1697.^o CCiv.

²² Fernando Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008, p. 163 e 164.

²³ No contexto do ordenamento jurídico italiano, Auletta considera problemático fazer derivar um dever face aos enteados dos deveres conjugais. Tommaso Auletta, *Obbligazioni di mantenimento e famiglia ricomposta. Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea (a cura di Vincenzo Roppo e Giovanna Savorani)*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 59.

²⁴ Não vigoram entre nós disposições como encontramos no contexto dos Estados Unidos da América, em que se considera o rendimento do padrasto para determinar os alimentos que o progenitor não residente está obrigado a pagar. Jessica Troilo, «Stepfamilies and the Law: Legal Ambiguities and Suggestions for Reform», *Journal of Divorce and Remarriage* 52, 8, 2011, p. 613.

²⁵ Já neste sentido, vejam-se as observações de Braga da Cruz relativas à solução presente no anteprojecto de que as dívidas para ocorrer aos encargos da vida familiar seriam da responsabilidade comum dos cônjuges (artigo 11.^o, §1.^o, b)), num

1.2. Quando o padrasto é casado com o progenitor não residente

Nesta segunda situação, do ponto de vista técnico-jurídico, a mesma relação familiar de afinidade liga padrasto e enteado, mas não se estabelecem os pressupostos de convivência proporcionados pela vida em comum que permitem que o padrasto contribua para uma indiferenciada “vida familiar” de que o seu enteado também faça parte. Na verdade, este estará a cargo de outrem que não o seu progenitor casado com o padrasto – normalmente o outro progenitor.

Não tendo o filho à sua guarda, surge para o progenitor não residente um dever de prover ao seu sustento através do pagamento de uma prestação alimentícia (artigo 1905.º CCiv). Este é o titular desta obrigação, que surge integrada no conteúdo das responsabilidades parentais (artigo 1878.º CCiv), e que é, portanto, um dos efeitos da filiação²⁶. Igual obrigação não surge, todavia, para o cônjuge deste progenitor. Mas será totalmente estranho ao destino económico do menor?

O facto de este filho não se encontrar inserido no quadro de vida familiar do casal exclui que o pagamento da sua pensão de alimentos caia no âmbito dos encargos normais da vida familiar dos cônjuges. E, na verdade, não encontramos sequer norma correspondente à solução original de 1966, que, relativamente à dimensão da responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas, previa no n.º 4 do

quadro em que assumia relevância a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Ali, o Autor conclui que os alimentos devidos aos descendentes (fossem comuns, de anterior matrimónio de qualquer um ou ilegítimos perfeitados antes do casamento) seriam sempre considerados encargos normais da vida familiar, para efeitos do disposto na alínea b) do §1.º (...), uma vez que “o outro cônjuge não está em condições de invocar o desconhecimento da prévia existência desse encargo”. Braga da Cruz, Capacidade patrimonial dos cônjuges, p. 395. Vaz Serra considera que aceitar a teoria de Braga da Cruz equivale a impor uma obrigação de alimentos para com os descendentes do outro (...) e para com quaisquer dos outros alimentandos que vivam em comunhão de mesa e habitação com os cônjuges. Vaz Serra, *Obrigação de alimentos*, p. 130.

²⁶ J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 132. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade*, p. 202-207.

artigo 1691.º, a inclusão “[d]os alimentos devidos aos descendentes (...) de anterior matrimónio de qualquer dos cônjuges, e aos filhos ilegítimos perfilhados ou reconhecidos judicialmente antes do casamento (...), ainda que o alimentado viva em economia separada.” Assim, teremos de concluir, quanto aos alimentos devidos a filho menor por parte do progenitor não residente, na ausência de disposição que funde o carácter comum da responsabilidade pelo seu pagamento²⁷, que serão da responsabilidade exclusiva daquele – o único obrigado. Na verdade, não depõem em sentido diferente as razões que estiveram na base da responsabilidade estendida no caso do enteado convivente – a impossibilidade de fazer uma distinção em termos de repartição dos encargos do sustento, sob pena de não permitir uma plena inserção (não discriminatória relativamente a outros filhos) na vida familiar.

2. Em caso de morte do progenitor residente

2.1. Quando o padrasto era casado com o progenitor residente

É esta a situação visada pela alínea f), do n. 1, do artigo 2009.º. O padrasto pode ser obrigado a pagar alimentos, quando o seu cônjuge, no momento da morte, tinha o enteado à sua guarda.

Esta obrigação de alimentos pode surgir para o padrasto, mesmo existindo o outro progenitor, outros ascendentes, irmãos ou tios (cf. artigo 2009.º CCiv). Tal acontecerá se estes, sucessivamente, não fizerem face à obrigação alimentícia.

Existe aqui uma proximidade existencial que encontramos nas situações em que o padrasto coabitou com o afilhado, assumindo muitas vezes o papel de cuidador, ou em que, mesmo não existindo coabitação, este se encontrava à guarda do seu cônjuge e em que,

²⁷ Cf., por exemplo, a norma do § 1604 BGB.

portanto, o dever de cooperação exigia uma co-responsabilização pelo grupo familiar (artigo 1674.º CCiv)²⁸, para além da contribuição para os encargos da vida familiar.

Ora, este dever de cooperação e a assunção de responsabilidades conjuntas continua a existir mesmo na eventualidade de separação de facto, durante a qual o vínculo conjugal permanece intocado. Mas também no caso de separação de pessoas e bens o facto de o dever de cooperação não ser afectado por esta modificação da relação matrimonial²⁹ faz com que o fundamento também subsista para apoiar a solução do artigo 2009.º, que se basta com a existência do vínculo conjugal. A obrigação do padrasto assumirá, todavia, contornos diversos da obrigação do progenitor, como veremos.

É certo que, com a morte, se extinguem os deveres conjugais e, portanto, também o dever de contribuição para os encargos da vida familiar e o dever de cooperação. Todavia, a obrigação do artigo 2009.º, n. 1, al. f) não depende do carácter actual desse dever, antes radica nos vínculos da relação anterior à dissolução do casamento, em virtude de um passado de cuidado e/ou de co-responsabilidade.

2.2. Quando o padrasto era casado com o progenitor não residente

Quem, à data da morte do progenitor com quem o padrasto era casado, não se encontrasse à guarda não preenche os pressupostos do artigo 2009.º, n. 1, al. f), e portanto não tem o direito de pedir alimento àquele seu afim com base nesta norma.

²⁸ Não deveremos entender num sentido muito estrito a expressão “vida da família que fundaram”, no sentido de só abranger os filhos nascidos daquele casamento. Na verdade, será mais correcto incluir aqueles membros que integraram o projecto familiar assumido, e que pode contar com filhos de uma relação anterior de apenas um dos cônjuge ou até outros familiares, como ascendentes de um ou de outro. Vítor, Paula Távora, «O dever familiar de cuidar dos mais velhos», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 52 e 53.

²⁹ Extinguem-se apenas os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos, nos termos do artigo 1795.º-A CCiv.

Na verdade, o futuro patrimonial do padrasto e do enteado não deixam de estar ligados – são, desde logo, ambos herdeiros (enquanto cônjuge e descendente) do progenitor. Mas não existe nem uma obrigação de alimentos a cargo do padrasto, nem sequer um direito a alimentos da herança, como o que poderia beneficiar o cônjuge sobrevivente, nos termos do 2018.º.

3. Extensão da obrigação alimentícia

Os alimentos são definidos no artigo 2003.º do CCiv como tudo aquilo que é “indispensável ao sustento, habitação e vestuário” do alimentando e o seu montante é determinado, em termos gerais, proporcionalmente às possibilidades daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los (artigo 2004.º CCiv).

Esta noção minimalista aplica-se à obrigação alimentar geral, mas não a podemos pretender aplicar a todas as pretensões alimentícias que resultam da lei – não é certamente o que acontece no âmbito da obrigação que impende sobre os progenitores relativamente aos seus filhos menores.

Na verdade, no que diz respeito àquela situação, há que lembrar que a lei acrescenta uma categoria às despesas a que os alimentos devem fazer face – a da instrução e educação do alimentado (artigo 2003.º, n. 2, CCiv)³⁰.

Para além disso, quando estão em causa os alimentos devidos pelos pais aos seus filhos menores, entende-se que estes devem ser bastantes para garantir que o filho não goze de nível de vida inferior ao seu alimentante³¹.

³⁰ Sobre a obrigação de alimentos a filho maior, com fundamento no artigo 1880.º e a sua vocação para responder às necessidades de instrução e formação do filho, ver J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 291 ss.

³¹ Cf. Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2010 (Guerra Banha) (proc. 148/09.6TBPF.R.P1).

Quando tratamos da obrigação de alimentos do padrasto relativamente ao seu enteado menor, e adoptando uma perspectiva *pro infante*, poderíamos sucumbir à tentação de decalcar a obrigação parental. Na verdade, o padrasto parece ser apresentado como um *proxy* do progenitor – é devedor de alimentos porque estava ao lado do progenitor residente no momento da morte deste³².

Mas, na verdade, não há fundamento técnico para fazer esta extensão. A obrigação do padrasto não decorre das responsabilidades parentais, nem sequer de um exercício de facto e funções análogas (que pode não existir), mas do vínculo com o progenitor da criança e, portanto, os seus efeitos são mediados por esta relação. A relação de afinidade que se estabelece com o padrasto suporta efeitos limitados e, não obstante o interesse da criança dever ser ponderado na aplicação das soluções legais e na criação destas (e o interesse desta está em aceder à maior medida dos alimentos), não justifica por si só esta solução.

B. O membro da união de facto

1. Relação da criança com aquele que vive em união de facto com o progenitor – a carga do sustento

Aquele que vive em união de facto com o progenitor não ostenta, em virtude dessa situação, qualquer relação de família com o filho do companheiro. Aliás, a própria natureza familiar ou parafamiliar da união de facto é controversa³³ e só existindo norma que sustente

³² Sobre a percepção social das obrigações no âmbito do direito alimentar, ver Eekelaar, John – *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 25, que nota a invocação por parte das mães da justiça quanto aos filhos biológicos e por parte dos pais das suas novas obrigações para com segundas famílias.

³³ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira classificam a união de facto como relação parafamiliar, ou seja, uma relação que, não sendo propriamente de família, é com ela conexas e equiparada às relações familiares para determinados efeitos.

a equiparação da ligação entre pessoa que vive em união de facto com o progenitor e o filho deste à relação que se estabelece entre padrasto e enteado haverá fundamento legal, em princípio, para tal extensão.

A comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges que materializa a união de facto (artigo 1.º, n. 2, Lei 7/2001, de 11 de Maio - LUF) implica que os seus membros vivam segundo a fórmula triangular “comunhão de leito, mesa e habitação”. Devem assim, no que em particular aqui nos interessa, viver em “economia comum”, *i.e.* congregar os seus recursos para fazer face às suas despesas de manutenção. Deste modo, apesar de não existir um dever de assistência entre os membros da união de facto que se materialize numa obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, a contribuição existe (embora não necessariamente moldada pelos critérios legais que presidem ao dever conjugal), porque, na ausência de partilha de recursos, falha um dos elementos constitutivos da união de facto.

Ora, apesar da ausência de uma relação familiar do ponto de vista técnico-jurídico, a comunhão neste termos pode justificar que alguns efeitos do casamento se estendam à realidade descrita. A lei leva a cabo esta equiparação em vários pontos do regime, mas, mesmo quando se apresenta silente, há propostas de aplicar soluções do casamento à união de facto. Na verdade, a nossa Doutrina tem vindo

Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, p. 51. Em data mais recente, ver Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 38, que adere a esta classificação. Já entre os cultores do Direito Público, Gomes Canotilho e Vital Moreira, na anotação ao artigo 36.º da Constituição, consideram que o “direito a constituir família” representa a “abertura constitucional – se não mesmo obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares “de facto””. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561, anotação 2. Para uma súmula das posições da doutrina e da jurisprudência quanto à classificação ou rejeição da união de facto como relação jurídica familiar, ver Nuno de Salter Cid, *A Comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 502 ss.

a equacionar a possibilidade de estender a aplicação do regime do artigo 1691º, n. 1, al. b) CCiv, que considera da responsabilidade comum do casal as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar às dívidas similares contraídas pelo casal em união de facto³⁴. De facto, avança-se o argumento de que a vida em condições análogas às dos cônjuges cria uma aparência de casamento em que os credores poderão confiar³⁵.

Assim, enveredando por esta posição³⁶, seria possível considerar como dívidas pelas quais ambos os companheiros respondessem as despesas para o sustento e educação de um menor, filho de apenas um membro da união de facto, mas que com ele resida, equiparadas às despesas para ocorrer aos encargos da vida familiar³⁷.

Esta é, no entanto, uma solução pensada para a protecção de terceiros, credores face aos quais se contraiu a dívida³⁸. Mas qual a posição do membro da união de facto que contribuiu para o sustento

³⁴ F. M. Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso*, p. 75 e 76 H.E. Hörster também propõe esta solução *de iure condendo*. H. E. Hörster, Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?, *Direito da Família e Política Social* (eds. Maria João Vaz Tomé and Maria Clara Sottomayor) Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 72. E Cristina Dias envereda também por esta proposta *de iure condendo*, embora recuse a analogia *de iure condito*. Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges. Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 1025. Esta solução foi avançada na Proposta de lei n. 349/X, mas acabou por não ser acolhida pela Lei n. 23/2010, que introduziu alterações à lei da união de facto (Lei n. 7/2001, de 11 de Maio). Também França Pitão parece admitir esta solução apenas *de iure condendo*. José António de França Pitão, *Unhões de Facto e Economia Comum*, 3. Ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 163 e 164.

³⁵ Coelho, F. M. Pereira; Oliveira, Guilherme de, *Curso*, p. 76.

³⁶ Note-se, todavia, a recusa de aplicação analógica das normas do casamento à união de facto, explicada por Rita Lobo Xavier. V. Xavier, R. L. Novas sobre a união *more uxorio* em Portugal. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, 2002, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 1397 e 1405.

³⁷ Apresentando uma visão crítica desta opção, mas admitindo a sua aplicação, v. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas* p. 139 ss., nota 185.

³⁸ Aderindo a estes entendimento de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, ver também Nuno de Salter Cid, *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento*, p. 776, nota 37.

no quadro da vida familiar ou até para o pagamento de alimentos ao filho do companheiro no confronto com este, o verdadeiro obrigado?

Diferentes focos têm sido utilizados para iluminar esta questão. Na verdade, quando alguém, dentro das suas possibilidades, contribui para o sustento do filho do seu companheiro, seja com os seus recursos patrimoniais seja com o seu trabalho, podemos considerar estar perante o cumprimento de uma obrigação natural (artigo 402.º CCiv) ³⁹. Ou seja, o membro da união de facto assegura o sustento do filho do companheiro porque o entende como dever de ordem moral ou social, que corresponde a um dever de justiça, ainda que não seja judicialmente exigível. Neste caso, o que foi pago não pode ser repetido (artigo 403.º CCiv).

Sempre que esta contribuição exceda tal medida e não possa ser considerada despesa gratuita ou doação⁴⁰, porque não houve espírito de liberalidade, deverá haver uma forma de obter o regresso sobre o obrigado⁴¹. Daí que tenham sido avançadas como enquadramento jurídico possível para esta questão as regras do enriquecimento sem causa⁴² ou da gestão de negócios⁴³.

³⁹ Entre nós, equacionando esta posição, ver Vaz Serra, *Obrigação de Alimentos*, pp. 89, mas referindo-se não ao companheiro, mas às pessoas da família não civilmente obrigadas a alimentos e J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 145 e 147, nota 185, que se inclina neste sentido.

⁴⁰ J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 145, nota 185.

⁴¹ Vaz Serra, p. 85. Note-se, todavia, que Remédio Marques afasta também o “direito de regresso” propriamente dito, porque o companheiro não pertence a nenhuma das classes dos obrigados a alimentos, bem como a sub-rogação, invocando que o membro da união de facto tem apenas um interesse moral ou afectivo na satisfação destas prestações pecuniárias – cf. 592.º, n. 1 CCiv. J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 148, nota 185.

⁴² Vaz Serra, *Obrigação de Alimentos*, p. 89 e J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas*, p. 146 e 147, nota 185, que também recusa a sua aplicação.

⁴³ Vaz Serra, *Obrigação de Alimentos*, p. 88. Segundo Vaz Serra, se um terceiro – no nosso caso, o companheiro – sabe que não é obrigado a pagar alimentos, mas os presta no lugar do obrigado – aqui o progenitor com quem vive em união de facto –, com intenção de gerir o negócio deste, haverá gestão de negócios propriamente dita. Todavia, se o fizer como se a obrigação fosse sua, tendo noção de que é alheia (do progenitor), estaremos perante uma gestão imprópria de negócios. O mesmo

2. O “pai social” e a responsabilidade pelo sustento da criança no âmbito do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores

A Constituição da República Portuguesa consagra, no seu artigo 69.º, o direito das crianças à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral. Uma das formas de precipitar este direito constitucional é a criação de mecanismos que garantam a satisfação das necessidades da criança sempre que aquele que é obrigado a alimentos não cumpre o seu dever. Entre nós, para o efeito, foi criado o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menor (FGADM), que assegura o pagamento dos alimentos ao menor, por ordem do tribunal.

São vários os pressupostos necessários para que o FGADM funcione. Em primeiro lugar, o Fundo só intervém quando o obrigado a alimentos, incumbido pelo tribunal e que é, por regra, o progenitor não-residente, não cumpre a sua obrigação (artigo 3.º, n. 1, a), do Decreto-Lei n. 164/99, de 13 de Maio).

Em segundo lugar, o menor não poderá beneficiar de rendimento ilíquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS), nem de rendimentos a esse nível da pessoa de quem está à guarda (artigo 3.º, n. 1, al. b) do Decreto-Lei n. 164/99, de 13 de Maio).

Ora, este último pressuposto preenche-se “quando a capitação do rendimento do respetivo agregado familiar não seja superior àquele valor” (artigo 3.º, n. 2, do Decreto-Lei n. 164/99, de 13 de Maio).

Qual o significado de agregado familiar para este efeito?

A jurisprudência portuguesa já se debateu com esta questão e podem ser encontradas diversas definições. Todavia, todas se refe-

acontece se julga que a obrigação é sua. V. também J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas* p. 147, nota 185, que todavia considera não ser esta a melhor solução para tratar da contribuição do companheiro.

rem às mesmas ideias fundamentais: o agregado familiar deve ser entendido em termos amplos, como uma “comunidade de interesses, motivações, finalidades, com participação, não só de casa (mesa e habitação) mas, também, nas despesas daquele núcleo, ligado, não só por relações jurídico-familiares estritas, ou tecnicamente entendidas, mas por muito mais”⁴⁴.

Actualmente, o Decreto-Lei n. 164/99, de 13 de Maio (artigo 3.º, n. 3), remete-nos para o Decreto-Lei n. 70/2010, de 16 de Junho, que vem resolver o problema da definição do “agregado familiar”. Nos termos deste diploma, integram o agregado familiar do requerente, entre outros, os “afins maiores, em linha recta” (artigo 4.º, n.1, al. b)), portanto, padrastos e madrastas também.

A inclusão do padrasto que coabite com o cônjuge-progenitor residente no conceito de agregado familiar do menor não poderá levantar controvérsia. Com efeito, além da condução da vida debaixo do mesmo tecto, entre padrasto e enteado estabelece-se uma relação familiar (de afinidade) e, embora não esteja obrigado a prestar alimentos ao enteado, na medida em que coabita com o progenitor residente tem um dever face a estes – a obrigação de contribuir para os encargos normais da vida familiar, nos quais se incluem o sustento e a educação e instrução do enteado.

Mas o Decreto-Lei n. 70/2010, de 16 de Junho, considera também equiparada à afinidade “a relação familiar resultante de situação de união de facto há mais de dois anos”, o que, apesar da redacção deficiente da norma⁴⁵, parece também remeter para a figura do membro da união de facto na sua relação com o filho do seu companheiro.

⁴⁴ Ac. Tribunal da Relação do Porto de 03.11.2005 (Fernando Baptista) (proc. 0534922), www.dgsi.pt.

⁴⁵ Na verdade, ainda que a lei pudesse referir-se a uma “relação familiar”, aquela que resultaria da união de facto há mais de dois anos seria a relação entre os companheiros. Parece antes que se quer referir à equiparação da relação entre membro da união de facto e parentes do companheiro à afinidade. No que diz respeito ao filho do seu companheiro, estaria em causa a equiparação a uma relação

Quanto ao membro da união de facto com o progenitor, este não está vinculado por qualquer dever de contribuir para as despesas da vida familiar, nem está obrigado a pagar alimentos ao filho do companheiro, o que poderia levantar dúvidas quanto ao encargo que assim lhe é imposto. Os nossos tribunais, todavia, e mesmo em data anterior ao diploma de 2010, já tinham tido oportunidade de se pronunciar sobre este assunto e de considerar aquele que vive em união de facto com o progenitor como parte do agregado familiar⁴⁶.

Esta apreciação foi levada a cabo no âmbito do Direito da Segurança Social, para o qual o “agregado familiar” se refere a um conceito mais amplo de família, que não se confina ao seu sentido técnico-jurídico⁴⁷, enquadrado pelo elenco das relações jurídicas enunciadas no artigo 1576.º CCiv (relações matrimonial, de filiação, de adopção e de afinidade)⁴⁸. Na verdade, na limitada (mas hoje contestada⁴⁹) enumeração do Código, não tem lugar nem a relação

de afinidade na linha recta. Todavia, tendo em conta as outras relações de afinidade consideradas no artigo 4.º, n.º 1, als. b) e c) do Decreto-Lei n. 70/2010, de 16 de Junho, aquela ligação entre membro da união de facto e filho do seu companheiro não parece ser a única abrangida.

⁴⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, Tomo II/2003, n. 168, Abril/Maio/Junho, Coimbra, 2003, p. 68; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2002, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXVII, Tomo V, 2002, p. 23, que se referem directamente à questão.

⁴⁷ Note-se que, mesmo Pereira Coelho, para quem a relação de união de facto assume apenas carácter familiar (cf. supra nota 31), já defendia anteriormente que “a questão não dev[ia] dogmatizar-se excessivamente. Se a união de facto não é relação de família para a generalidade dos efeitos, compreendendo-se, por isso, que o artigo 1576.º não lhe faça referência, a verdade é que há noções de família menos rigorosas.” Pereira Coelho, «Casamento e Família no Direito Português», in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 9.

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, Tomo II/2003, n. 168, Abril/Maio/Junho, Coimbra, 2003, p. 68-69, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2002, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXVII, Tomo V, 2002, p. 23, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 03.11.2005 (Fernando Baptista) (p.º 0534922) in www.dgsi.pt.

⁴⁹ Cfr. supra nota 31.

entre os membros da união de facto e muito menos a relação de um dos seus membros com os filhos do outro.

Assim, a noção de “agregado familiar” foi mais rápida a incorporar a evolução das formas de família e a sua compreensão social e individual, reconhecendo nesta área assistencial relações de facto que resultam de outra relação deste tipo - a união de facto^{50,51}.

Tal não se reflectiu, todavia, nas soluções de Direito da Família. Assim, os primeiros obrigados a prestar alimentos são os parentes da criança (nos termos e pela ordem do artigo 2009.º) e, em primeiro lugar, o progenitor não residente. Assim, apesar dos esquemas desenvolvidos em sede de Direito da Segurança Social, a obrigação primeira continua a ser deferida nestes termos, seja ou não cumprida⁵².

Só que, de facto, quando não é cumprida, o Estado actuará através do FGADM e garante o pagamento da obrigação de alimentos. Todavia, o Estado apenas intervém dentro dos limites das suas possibilidades. E esta é a razão pela qual a protecção social avança de forma limitada – só nos casos em que a rede de apoio da criança ou o agregado da pessoa que a tem à sua guarda (um progenitor, geralmente) não pode garantir o seu sustento a um nível mínimo, que se identificou já com o salário mínimo nacional⁵³ e, desde as

⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003, in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, Tomo II/2003, n. 168, Abril/Maio/Junho, Coimbra, 2003, p. 68, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.11.2005 (Fernando Baptista) (p.º 0534922) in www.dgsi.pt. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto vem incluir o rendimento do companheiro da avó do menor no cálculo da capitação do rendimento do agregado familiar onde se insere.

⁵¹ Ainda que esta atenção seja prestada com o fito de libertar o Estado destes encargos. Vítor, Paula Távora, Solidariedade familiar e solidariedade social – considerações em torno do novo “complemento solidário para idosos”, in *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública - Para um Novo Paradigma do Serviço Público* (José Manuel Moreira), Coimbra, Almedina, 2008, p. 177.

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2002, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XXVII, Tomo V, 2002.

⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2002, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XXVII, Tomo V, 2002, p. 24.

alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 70/2010, de 16 de Junho, passou a identificar-se com o indexante dos apoios sociais (cfr. artigo 3.º, n. 1, al. b) do Decreto-Lei n. 164/99, de 13 de Maio.

No caso do padrasto, este retorno à família, é sustentado pelas normas que regulam a relação conjugal com o progenitor e, portanto, no seu *status* conjugal, como vimos. Já no caso da união de facto, não existe um dever de o companheiro do progenitor sustentar o filho deste, nem o dever legal de contribuir para os encargos da vida familiar em que a criança se insere. E, apesar disso, o rendimento do membro da união de facto é tido em conta para avaliar os recursos disponíveis para o sustento do filho. Aqui, o fundamento já não é o estatuto familiar, mas a relação de facto ou, quando muito, um pseudo *status familiae*⁵⁴ inteiramente assente nesta materialidade.

O Direito da Segurança Social apoia-se numa presunção de normalidade: a de que existe uma comunidade de interesses e afectos⁵⁵ e que, nessas circunstâncias, as pessoas que vivem em tais comunidades partilham recursos, de forma a extrair consequências jurídicas desse facto.

Assim, começamos o nosso percurso legislativo para garantir o sustento da criança pelas normas que impõem aos familiares – e em primeiro lugar aos progenitores – a obrigação de o garantir, mas podemos acabar por ver quem não está legalmente obrigado a alimentos nestes termos (o padrasto) ou não ostenta sequer qualquer vínculo que imponha obrigações familiares (o companheiro do progenitor) a ser colocado, de facto, na posição de alimentante.

⁵⁴ Sílvia Díaz Alabart utiliza esta expressão – “pseudo *status familiae*” – e define-a como a produção de efeitos entre membros que pertencem a uma família, assente nesse facto e ainda que não exista vínculo de parentesco entre eles. Sílvia Díaz Alabart, «El Derecho de Relación Personal entre el Menor y sus Parientes y Allegados (Art. 160.2 C.C.)», *Revista de Derecho Privado*, Mayo, Junio, 2003, p. 353.

⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2002, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XXVII, Tomo V, 2002 e Ac. Tribunal da Relação do Porto de 03.11.2005 (Fernando Baptista) (proc. 0534922), www.dgsi.pt.

E isto poderá acontecer em contextos em que o progenitor inadimplente continua a deter o exercício de responsabilidades parentais⁵⁶. Na verdade, só quando o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, considerar que o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância é contrário aos interesses do filho (artigos 1906.º, n. 2, 1909.º e 1911.º CCiv) ou quando se preenchem os pressupostos da inibição do exercício das responsabilidades parentais (artigos 1913.º e 1915.º CCiv) podemos afastá-lo deste exercício. Teremos, deste modo, um progenitor com uma palavra a dizer na esfera pessoal e um “pai social” sobre quem pesam as responsabilidades de natureza patrimonial.

III. A carga do sustento e a leveza do cuidado

Apesar de a figura do “pai social” ser onerada (ainda que indirectamente) com a responsabilidade patrimonial pelo sustento da criança, isto nem sempre se reflecte na valorização do papel do padrasto ou do companheiro do progenitor, cuja relação pessoal com o enteado ou o filho do companheiro recebe uma atenção desigual por parte da lei, não obstante os recentes desenvolvimentos operados pela Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro.

Até esta data, eram ainda mais limitados o reconhecimento pelo Direito da situação de proximidade existencial que o enteado e o padrasto ou o companheiro do progenitor experimentam e a consagração de uma posição privilegiada destes por referência à criança. É certo que, por exemplo, o padrasto gozava já do presente estatuto especial no que diz respeito à adopção. Na verdade, a idade limite

⁵⁶ Pelo menos quanto a questões de particular importância (cf. artigo 1906.º, n. 1 CCiv).

para o adoptante não se aplica quando este pretende adoptar o filho do cônjuge (artigo 1979.º, n.º 3 e 5 CCiv). Também na tutela, o tutor é nomeado pelo tribunal “de entre os parentes ou afins do menor” (nos quais podemos incluir o padrasto) e “de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor ou tenham por ele demonstrado afeição” (o que pode compreender o companheiro do progenitor) (artigo 1931.º CCiv)⁵⁷.

Todavia, em caso de divórcio, separação ou morte do progenitor da criança, nem o padrasto nem aquele que vivia em união de facto tinham assento na lei como alguém que pudesse assumir o cuidado ou, pelo menos, manter contacto com a criança. No Código Civil, encontrávamos apenas o artigo 1887.º-A CCiv, que refere o direito ao convívio só com ascendentes e irmãos⁵⁸. É certo que o contacto com outras pessoas já então não era totalmente ignorado pela lei. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo prevê desde 1999 que, no acordo de promoção e protecção em que se estabeleçam medidas de colocação, conste a previsão das visitas por parte da família ou das pessoas com quem a criança ou o jovem tenha especial ligação afectiva (artigo 57.º, n.º 1, b), LPCJ) e, no caso de colocação em instituição de acolhimento, consagra-se o direito da pessoa que tenha a guarda de facto visitar a criança ou o jovem (artigo 53.º, n.º3, LPCJ). Em ambas as situações podíamos já vir a incluir o “pai social”. São, todavia, situações patológicas em que é convocada a intervenção do sistema de protecção de crianças e jovens em perigo.

Nos outros casos, e não obstante a abertura jurisprudencial para integrar novas figuras no espectro do contacto⁵⁹, na ausência de

⁵⁷ Note-se que a posição do padrasto é mais forte, uma vez que não pode escusar-se da tutela – 1934.º, 1, h), CCiv *a contrario*.

⁵⁸ Rosa Martins; Paula Távora Vítor, «O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente», *Revista Julgar*, 2010.

⁵⁹ V. Jorge Dias Duarte, «Direito de visita a menores (resposta a recurso)», *Revista do Ministério Público*, n. 132, Outubro-Dezembro de 2012, pp. 261-282.

reconhecimento do direito a manter este tipo de relação, a pretensão apresenta uma grande fragilidade. E tal poderá suceder em casos nos quais, concomitantemente, a relação entre a criança e o “pai social” é, sem reticências, invocada para reclamar a sua cooperação ao nível do sustento. Pense-se na obrigação do artigo 2009.º, n. 1, al. f), que pode impor-se em caso de morte do progenitor sem que ao padrasto seja reconhecido um direito de contacto pessoal com o enteado. É certo que, face à nova redacção do artigo 1904.º, assistimos à possibilidade, de ser atribuído, por decisão judicial, o exercício das responsabilidades parentais ao cônjuge ou ao unido de facto de qualquer dos pais, nos termos do artigo 1903.º. Mas pode existir a mencionada obrigação alimentícia sem que qualquer contacto ou posição especial relativamente à criança seja reconhecida. Para além disso, em caso de divórcio⁶⁰, e não obstante os anteriores contributos para o sustento e bem-estar da criança, com excepção do que está previsto no novo artigo 1904.º-A, n.º 5, não se encontra previsto expressamente um direito de contacto. Adicionalmente, no caso de dissolução do casamento por esta via, o reconhecimento de direitos de visita ao padrasto assentará agora numa base mais frágil, uma vez que, desde a reforma do regime jurídico do divórcio de 2008, a relação de afinidade passa a cessar pela dissolução do casamento por divórcio (artigo 1585.º CCiv, a.c.).

É, todavia, difícil não reconhecer o papel com especial visibilidade social e familiar que os padrastos têm vindo a reclamar. Na verdade, o padrasto (ou mesmo o companheiro do progenitor) pode ser muitas vezes considerado como *attachment figure* da criança e chega a assumir o papel de “pai psicológico” desta⁶¹. Na verdade,

⁶⁰ Mas também em caso de separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação.

⁶¹ Rebecca L. Scharf, «Psychological Parentage, Troxel and the Best Interest of the Child», *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. XIII, 2012, p. 632 e 633.

a *attachment figure* torna-se “pai psicológico” quando assume responsabilidades próprias dos pais⁶².

No contexto norte-americano, foi desenvolvida a doutrina *in loco parentis* para acolher os casos em que a criança é recebida, sustentada e educada pelo padrasto e, assim, determinar o reconhecimento da relação entre padrasto e enteado. Todavia, esta doutrina enfrenta a crítica de que se limita a observar o cumprimento de tarefas, não tendo em conta a qualidade da relação – aquilo que é relevante para a assunção do papel de “pai psicológico”⁶³.

Percebe-se que a precipitação legislativa do papel do padrasto (e ainda mais do “pai social”, em geral) não seja uma tarefa fácil. Por um lado, não está socialmente definido exactamente o papel que o padrasto residente deve desempenhar. Por outro lado, há que preservar as esferas de actuação dos outros membros da família, e, em particular, do progenitor não residente, sob pena de criar espaços de potencial conflito. Ora, coube à Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro, aventurar-se neste meio e desenhar soluções de acolhimento destas figuras.

Na verdade, até esta data, mesmo durante o casamento ou a união de facto não era possível encontrar uma posição privilegiada do padrasto ou do companheiro do progenitor residente, no que diz respeito ao cuidado e educação da criança. É verdade que a anterior redacção do artigo 1903.º CCiv já permitia que, quando um dos pais não pudesse exercer “as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal”, no impedimento do outro progenitor, o exercício caberia a “alguém da família de qualquer deles, desde que [houvesse] um acordo prévio e com validação legal”. Também é certo que nos termos do n. 4 do

⁶² Rebecca L. Scharf, *Psychological Parentage*, p. 633.

⁶³ Jessica Troilo, «Stepfamilies and the Law: Legal Ambiguities and Suggestions for Reform», *Journal of Divorce and Remarriage* 52, 8, 2011, p. 611.

artigo 1906.º se admite a delegação de responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente por parte progenitor a quem cabe o seu exercício⁶⁴. Ora, se na primeira situação, a figura do padrasto podia ser acolhida – na qualidade de familiar, por ser afim –, teríamos maiores dificuldades com o companheiro do progenitor, tendo em conta a sua controversa inserção da união de facto na categoria dos laços jurídicos familiares. Na segunda situação, o grupo-alvo era mais aberto. Todavia, a figura do “pai social” não era considerado autonomamente nem preferentemente relativamente a outros familiares que não convivessem com a criança, como, por exemplo, os avós.

Hoje, todavia, tal não acontece. No caso de impedimento acima referido, o novo artigo 1903.º, n.º 1, dá preferência “ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais” na atribuição do exercício das responsabilidades parentais, relativamente a “alguém da família de qualquer dos pais” e estende a solução aos casos de morte (artigo 1904.º). Para além disso, aditou-se um novo artigo ao Código Civil, o artigo 1904.º-A, que prevê a possibilidade de estender o exercício conjunto das responsabilidades parentais ao cônjuge ou unido de facto, no caso de a filiação da criança se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores. E, neste caso, na eventualidade de “divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre os corresponsáveis parentais aplica-se o disposto nos artigos 1905.º e 1906.º”. Tal significa a parificação relativamente à figura do progenitor, nomeadamente para efeitos de alimentos, mas também de exercício das responsabilidades parentais após a ruptura e, inclusivamente, direitos de contacto.

⁶⁴ Sobre esta norma como solução para as “famílias recombinadas”. Guilherme de Oliveira, «A Nova Lei do Divórcio», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 13, Ano 7, 2010, p. 25 e 26.

As novas soluções legais representam uma grande abertura, mas não resolvem de forma completa a questão das relações entre a criança e o padrasto ou o companheiro do progenitor. Ficam de fora, nomeadamente, aqueles que, tendo exercido o cuidado de facto durante o casamento e assumido o encargo do sustento, não exercessem as responsabilidades parentais (por não se encontrarem nas situações analisadas). Estes continuam sem poder invocar qualquer direito após a ruptura ou após a morte. São situações mais complexas, é certo, uma vez que existe ainda um outro progenitor que não abandonou a ordenação que se faz destes casos.

Reconhecer que os padrastos se encontram numa posição delicada e complexa não deve impedir, todavia, que se encare o seu estatuto de forma global e que se insista numa coordenação de dimensões patrimoniais e pessoais de responsabilidade e cuidado. Não pretendemos aqui defender, de modo algum, uma relação directa entre contributos de natureza patrimonial e direitos de ordem pessoal. A figura da criança e o seu interesse é e tem de ser central nesta avaliação e qualquer direito por parte do padrasto ou do companheiro do progenitor terá de ser funcionalizado à prossecução deste interesse. Este é um postulado irrenunciável. Mas, se é certo que não existe uma correspondência entre a assunção de encargos patrimoniais e o desempenho de papéis na esfera pessoal⁶⁵, estas dimensões não podem estar totalmente desligadas. Não o podem estar no contexto da união do progenitor e do pai social, no qual se invoca a necessidade de plena integração familiar para justificar o encargo patrimonial do sustento. Ora, esta plena integração implica que as dimensões pessoais de participação na educação e do contacto

⁶⁵ Veja-se isto a propósito do reconhecimento, já efectuado pela nossa jurisprudência, no âmbito das obrigações do progenitor, de que o estabelecimento de visitas e a obrigação de alimentos não apresentam uma relação de correspondência. E pense-se, por exemplo, na impressiva norma do artigo 1917.º CCiv, segundo a qual a inibição do exercício das responsabilidades parentais não isenta os pais do dever de alimentarem os filhos.

sejam também acolhidas. E também não podem estar desligadas em caso de morte do progenitor, caso em que o estatuto matrimonial que, em última análise, justifica a consagração de uma obrigação de alimentos deixou de existir e há que realicerçar a nova obrigação.