



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rui Miguel dos Santos Tavares

Casamento Forçado: uma aproximação civilística no Ordenamento Jurídico
Português

Forced Marriage: a civil law approximation in the Portuguese Legal System

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses sob a orientação da Doutora Paula Sofia Couceiro Almeida Távora Vítor

Coimbra 2018

Agradecimentos:

A presente dissertação, não seria possível, sem o contributo de todas as pessoas da minha vida. Pelo que, se impõe, um agradecimento a todos que me auxiliaram a chegar aqui:

Antes de tudo devo destacar a minha família: o meu Pai e a minha Mãe, sem os quais o meu percurso académico nunca teria sido possível, sem o constante apoio e motivação. A minha Irmã, que apesar de distância que nos separa, teve sempre uma palavra de apoio, e mais, quando necessário. Os meus sobrinhos, cuja nossa relação se poderá classificar no mínimo de conturbada, mas esperando que saibam, que o meu objetivo passa em tentar auxiliá-los no que enfrentarão na vida. A minha Avó, pelo carinho que sempre teve para comigo. A minha Tia Maria de Lourdes e Tio Alberto que sempre me trataram como filho, e as minha primas Ana Paula e Ângela, que foram sempre como irmãs para mim.

A todos os amigos e colegas que tenho o prazer de conhecer e que me deixam fazer parte da sua vida. Quer aos mais antigos: Nuno, Tiago e Manel que sempre estiveram presentes, mesmo em horas menos felizes. Quer, aos meus amigos mais recentes, mas não menos valiosos, que conheci devido à faculdade, dos quais destaco Ana Raquel Fernandes, Tiago Toito, Débora Alves, Nuno Coelho, Marilisa Duarte, Josefina Figueiroa, João Abrantes, Nelson Daiha Filho, Vítor Moreira, Ricardo Malheiro, Juliana Dias, Mariana Marques, Vanessa Ferreira, Raquel Monteiro, Mónica Cabral, Paulo Estrela, Maria João Guia, Vítor Carpalhoso.

A Doutora Paula Távora Vítor pela ajuda dispensada na elaboração do presente trabalho.

Resumo:

O casamento forçado, consiste num casamento celebrado sem o consentimento livre, de um ou ambos os nubentes.

Como negócio jurídico, o casamento, consiste num espaço de realização da autonomia privada/autonomia da vontade do nubente, não obstante o facto de ser um negócio jurídico familiar e pessoal. E enquanto contrato, os requisitos essenciais do casamento assentam, quer na capacidade das partes, quer no seu consentimento.

A penalização do casamento forçado decorre da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, resultando no artigo 154º-B e 154º-C do CP. Cabendo dentro dum conceito amplo de casamento forçado, não apenas o casamento forçado como também o casamento infantil ou precoce, o casamento de conveniência com situação de exploração e o casamento arranjado ou combinado.

Antes do artigo 154º-B e 154º-C CP, o fenómeno do casamento forçado já estava disciplinado no crime geral da coação. Mas uma maior censura ética e um crescendo das situações verificadas justificou a sua autonomização do crime de coação. Autonomização/ Penalização essa que passou pela agravação da moldura penal e o prescindir do meio violento e ameaça com mal importante, característicos da coação. Não obstante todos esses avanços, a verdade é que apenas a penalização não basta para combater o fenómeno. Terão que se verificar determinadas alterações para efetivar o livre consentimento no casamento, a proteção de nubentes menores de idade e garantir a invalidade dos casamentos forçados.

Abstract:

Forced marriage, is a union entered into without free consent of one or both parties.

As a legal contract, it's a space of private autonomy/autonomy of will, although it is, a family contract with personal effects. As a contract, marriage's essential requisites reside in the capacity and consent of the parties.

The criminalization of forced marriage derives from the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, and resulted in article 154°-B and 154°-C of the Penal Code. Within the broad concept of forced marriage, we can fit child and early marriage, sham marriage with exploration, and arranged marriage.

Before article 154°-B and 154°-C of the Penal Code, the criminalization of such conducts, which resulted in forced marriage, did not go unpunished. They were punished through the very comprehensive crime of coercion. But, due to a graver ethical judgment concerning this conduct and a growing number of verified situations, the criminalization was justified. This criminalization resulted not only in a larger sentence; it also entailed that certain requisites mandatory for the crime of coercion, being excluded. Despite all these advances, criminalization isn't enough to combat forced marriage. It's necessary that the civil code undergo some alterations, to operationalize freedom of consent in celebration of marriages, protect minors subjected to these practices and guarantee that such marriages without free consent are void.

Palavras-chave:

- Casamento Forçado
- Casamento
- Consentimento
- Capacidade Jurídica
- Convenção de Istambul
- Contrato
- Anulabilidade
- Inexistência
- Impedimento Matrimonial
- Coação
- Temor Reverencial
- Responsabilidades Parentais
- Questões de Particular Importância

Keywords:

- Forced Marriage
- Marriage
- Legal Agreement
- Legal Capacity
- Istanbul Convention
- Contract
- Annulment
- Inexistence
- Marriage Impediment
- Coercion
- Parental Reverence
- Parental Responsibilities
- Issues of Particular Importance

Lista de siglas e abreviaturas:

- CP – Código Penal
- N° - Número
- CC – Código Civil
- CRC – Código de Registo Civil
- P. – Página
- Ob. – Obra
- Cit. - Citada
- Cãn. – Cãnone
- MP – Ministério Público
- Art. – Artigo
- Al. – Alínea
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
- CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de

Discriminação contra as Mulheres

- UE – União Europeia
- TSH – Tráfico de Seres Humanos
- ONU – Organização das Nações Unidas
- FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas
- GRETA – Grupo de Peritos sobre a Luta contra o Tráfico de Seres

Humanos

- HEUNI – Instituto Europeu para a Prevenção da Criminalidade
- RIFA – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo
- SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
- EUROPOL – Serviço Europeu de Polícia
- CRP – Constituição da República Portuguesa

Índice:

1.	Introdução	9
2.	Definição de Casamento	10
3.	Casamento como Negócio Jurídico	10
3.1.	Importância da Autonomia no Negócio Jurídico	10
3.2.	Casamento como Negócio Jurídico Familiar Pessoal	13
3.3.	Casamento como Negócio Jurídico Solene	17
4.	Casamento como Contrato	19
4.1.	Requisitos de Fundo do Contrato de Casamento	20
4.1.1.	Capacidade	21
4.1.1.1.	Noção	21
4.1.1.2.	Impedimentos Matrimoniais	21
4.1.2.	Consentimento	24
4.1.2.1.	Consentimento Pessoal	25
4.1.2.2.	Consentimento Puro e Simples:	28
4.1.2.3.	Consentimento Perfeito	28
4.1.2.4.	Consentimento Livre	31
4.2.	Regimes de Invalidez do Casamento	32
4.2.1.	Inexistência	33
4.2.2.	Anulabilidade:	34
4.2.3.	Casamento Putativo:	36
5.	Casamento Forçado	39
5.1.	Definição	39
5.2.	Figuras Afins do Casamento Forçado	41
5.2.1.	Casamento Infantil ou Precoce	41
5.2.2.	Casamento de Conveniência	43
5.2.3.	Casamento Arranjado ou Combinado	46
5.3.	Regime Penal do Casamento Forçado	47
5.3.1.	Antes da Convenção de Istambul	48
5.3.2.	Após a Convenção de Istambul	51
5.4.	Regime Civil do Casamento Forçado:	52
5.4.1.	Relativo à Capacidade	52
5.4.1.1.	A Falta de Idade Nupcial – Artigo 1601º alínea A) CC	52
5.4.1.2.	Falta de Autorização dos Pais ou do Tutor para o Casamento de Menores – artigo 1604º, alínea A) CC	53
5.4.2.	Relativo ao Consentimento	55

5.4.2.1. Coação	56
6. Novo Regime Civil de Casamento?.....	58
7. Conclusão.....	67

1. Introdução

O casamento forçado, é um casamento celebrado sem consentimento. Com a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica¹ foi penalizado em Portugal, entre outros, o crime de casamento forçado tal como os seus atos preparatórios (artigo 154º-B e 154º-C CP).²

Mas a penalização não é suficiente. Impõe-se um conjunto de medidas, nomeadamente no âmbito do CC e do CRC, para “operacionalizar o consentimento livre, criar salvaguardas para os casamentos contraídos por menores de idade e garantir a oportunidade de requerer a anulabilidade dos casamentos forçados, para combater o fenómeno e proteger as suas vítimas”³. Nesta linha de pensamento importa ver, quais as características do atual regime de casamento, que se prendem com os problemas referidos, passando posteriormente, para uma análise do âmbito penal e indicação de possíveis alterações que, poderão ajudar no combate a esta grave violação do direito ao sujeito decidir se, quando e com quem casar.

¹ disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_8.htm, e com entrada em vigor em Portugal a

² Lei nº 83/2015, de 05 de Agosto

³ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Luxemburgo, 2014 p. 3

2. Definição de Casamento

Não são muitas as legislações, que contêm uma definição de casamento⁴. Esta dificuldade de definição deriva, da “extrema variedade das situações abrangidas pelo conceito.”⁵, não sendo a noção de casamento, “comum a todos os direitos e a todas as épocas históricas.”⁶. No entanto o CC, optou por indicar uma noção legal de casamento⁷ no artigo 1577º: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

3. Casamento como Negócio Jurídico

3.1. Importância da Autonomia no Negócio Jurídico

Uma das notas fundamentais do ato jurídico matrimonial, que aliás consta na sua definição legal, é a natureza contratual do casamento. O contrato ou negócio jurídico bilateral, é uma das classificações do negócio jurídico, tendo em conta o número e modo de articulação das declarações integradoras do negócio (sendo a outra classificação o negócio jurídico unilateral). Segundo Mota Pinto, “Os negócios jurídicos são atos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes.”⁸ O negócio jurídico, é o meio pelo qual, a pessoa pode

⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume 1, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra 2016 p. 194. Como exemplo poderemos indicar o Código Civil Francês, Alemão, Espanhol e Italiano. No mesmo sentido *vide* FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA E JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume IV, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1992 p. 22; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016 p. 45

⁵ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1º Volume, 5ª Edição Livraria Petrony, Lisboa 1999 p. 178

⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*...ob. cit. p. 195

⁷ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*...ob. cit. p. 22. Estes autores indicam que a vantagem da fixação do conceito de casamento, é que, tal, serve de fundamento para a ilicitude de cláusulas que os nubentes juntassem à celebração do casamento como o casamento à experiência, casamento a prazo, etc.

⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2005 p. 379. No mesmo sentido *vide* MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 7ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 1992 p. 25

modelar as suas relações jurídicas de acordo com os seus interesses. “A esta ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de autonomia privada.”⁹

Conforme refere Pedro de Albuquerque “O negócio jurídico é, sem margem para contestações, o principal instrumento de que dispõem os indivíduos para a prossecução dos seus interesses”.¹⁰ Pelo que, o negócio jurídico será manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado.¹¹

Impõe-se um esclarecimento, do que devemos entender por autonomia de vontade ou autonomia privada. Autonomia privada e autonomia de vontade, são a mesma coisa: “Ambas as expressões designam a mesma realidade, mas encarada por prismas opostos. A autonomia privada parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos. A autonomia da vontade parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena¹² do comportamento humano livre.”¹³ Pelo que, não podemos tentar compreender a autonomia da vontade/autonomia privada, sem esta estar ligada ao conceito negócio jurídico.

A autonomia, consiste num poder de criar normas jurídicas, mas dentro dos limites da lei¹⁴, não se aplicando a autonomia apenas aos contratos inominados, mas também aos contratos nominados.¹⁵ É o poder de autorregulamentação de interesses pelos seus titulares, o poder de dotação normativa reconhecido à vontade.¹⁶ Este poder, na sua essência, não se concebe como um poder absoluto, mas antes como um poder com limites

⁹ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 7ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 1992 p. 27

¹⁰ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, Centro de Estudos Fiscais, Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1986 p. 7

¹¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 102

¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1980 p. 56. “Atuação Jurígena verifica-se sempre que um comportamento voluntário permitido, por integrar determinada previsão normativa, produza efeitos jurídicos, isto é, sempre que um comportamento voluntário seja facto jurídico lícito”

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações...*ob. cit. p. 57

¹⁴ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 16

¹⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 16. Segundo Luigi Ferri “há conceituados autores que restringem estranhamente o conceito de autonomia privada identificando o tema desta com o dos contratos inominados (como se só este particular tipo de negócio jurídico certamente muito raro na prática, fosse expressão da autonomia privada), desconhecendo assim a perfeita coincidência do problema da autonomia privada com o do negócio jurídico. Também o contrato nominado, e não apenas o inominado, tem, em meu parecer, o seu fundamento na autonomia privada e é manifestação desta” De notar que as considerações de Luigi Ferri referem-se à autonomia privada e não à autonomia da vontade, porque este autor rejeita o conceito de autonomia de vontade.

¹⁶ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 17. No mesmo sentido *vide* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 102

“consiste a autonomia num princípio por sua própria natureza circunscrito: não há autonomia sem limites e a existência de autonomia da vontade faz pressupor a existência de restrições”¹⁷. Aliás, porque sem limitações “a autonomia abarcaria todo o universo lógico onde o sujeito onipotente estivesse mergulhado, confundindo-se com ele.”¹⁸ Quando a autonomia é, limitada pelos parâmetros de liberdade e igualdade, características do direito privado, temos a autonomia privada.¹⁹

A autonomia privada tem a sua expressão máxima na liberdade contratual (artigo 405º CC)²⁰. A liberdade contratual compreende:

- A liberdade de celebração: “é a possibilidade, por parte dos particulares, de atuar *in concreto*, de modo a provocar efeitos jurídicos”²¹; “a faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração”²².
- A liberdade de estipulação: “consiste na faculdade conferida aos contraentes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, com ou sem aditamentos, ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina.”²³

Como vimos, o “negócio jurídico é o instrumento por excelência da autonomia privada, autonomia que se manifesta sobretudo no domínio do direito das obrigações, mas se afirma ainda, embora mais restritamente, no campo dos direitos reais, familiares e sucessórios.”²⁴ Mas será esta afirmação correta? Veremos que não.

¹⁷ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade*...ob. cit. p. 18

¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*...ob. cit. p. 51

¹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*...ob. cit. p. 51

²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*...ob. cit. p. 68. No mesmo sentido *vide* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral*...ob. cit. p. 102

²¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*...ob. cit. p. 63. No mesmo sentido *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra 2013 p. 232

²² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral*...ob. cit. p. 109

²³ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral*...ob. cit. p. 109. No mesmo sentido *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*...ob. cit. p. 63

²⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*...ob. cit. p. 230. No mesmo sentido *vide* MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral*...ob. cit. p. 27-28

3.2. Casamento como Negócio Jurídico Familiar Pessoal

O casamento é um negócio jurídico. Mas, um negócio jurídico, que atendendo à natureza da relação jurídica dos seus efeitos se poderá classificar de familiar.²⁵ E tendo em conta que os referidos efeitos “não se destinam a constituir, modificar ou extinguir relações de carácter patrimonial, mas a influir no estado das pessoas, familiar ou de outra ordem”,²⁶ um negócio pessoal.

Como características gerais dos negócios pessoais, temos que indicar o facto dos negócios pessoais serem regidos por normas imperativas e o facto de não admitirem representação, só podendo ser concluídos ou celebrados pessoalmente.²⁷

“Os efeitos pessoais do casamento, em particular os direitos e deveres dos cônjuges, são fixados imperativamente na lei, sem que as partes possam introduzir desvios ou derrogações no respetivo regime (art. 1699º, nº 1, al. b), CCiv.). Não podem os nubentes, p. ex. inserir no contrato de casamento condição ou termo ou modificar os efeitos legais do ato (art. 1618º, nº 2).”²⁸

Mas será que isto revela uma limitação da autonomia no casamento?

Há, quem vendo a limitação da autonomia da vontade negue o carácter negocial do casamento.²⁹ Na nossa opinião isto não está correto, pois o entendimento que a autonomia da vontade é limitada no direito da família baseia-se num entendimento erróneo da autonomia negocial. O impedimento da determinação autónoma do conteúdo da relação jurídica, não significa necessariamente uma limitação à autonomia da vontade.

No direito da família há um predomínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis pela vontade dos particulares. O que vem diferenciar, claramente, o direito da família, do direito das obrigações, que tem como pedra angular ou basilar o princípio da

²⁵ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 51. No mesmo sentido *vide* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 397

²⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*ob. cit. p. 241

²⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*ob. cit. p. 241. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra 2016 p. 172. Quanto à característica do negócio de casamento ser celebrado pessoalmente *vide infra* 4.1.2.1.

²⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...* p. 230. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 171; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 46; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 397.

²⁹ LUIGI FERRI, *L'autonomia privata* p. 163 e 288, apud FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*ob. cit. p. 230 nota nº 53

autonomia privada.³⁰, e por isso mesmo, a grande maioria das normas têm um carácter supletivo ou dispositivo.³¹ O facto de haver um predomínio de normas imperativas no direito da família, apenas revela o interesse público atinente à organização da vida familiar³², não podendo as relações familiares “ficar sujeitas ao livre arbítrio dos interesses particulares.”³³ Devido às normas imperativas no direito da família, poderíamos ser inclinados a defender que os efeitos do negócio jurídico familiar ou da autonomia da vontade, seriam *ex lege* e não *ex voluntate*. Mas, a verdade é que “a lei só por si, não pode, pela sua própria natureza, criar, situações individuais, não se produzindo qualquer efeito sem a realização voluntária de um ato jurídico...e...existirá negócio jurídico quando existe um ato de autonomia, tendo por objeto a constituição, modificação, extinção ou determinação da relação jurídica.”³⁴

Outro dos argumentos na base da refutação do carácter negocial do casamento, é o de que os efeitos do casamento estão fixados na lei, apenas se manifestando a liberdade dos nubentes na opção entre casar e não casar, isto é, celebrar ou não o negócio. Mas “a liberdade dos nubentes não é só, porém, a de casarem ou não, mas ainda a liberdade de casarem com uma pessoa ou outra, a liberdade de escolherem entre casamento civil e casamento católico, a liberdade de casarem pessoalmente ou por intermédio de procurador, etc.”³⁵ E, na conformação dos seus deveres (artigo 1672º CC), apesar dos cônjuges não os poderem alterar, “a lei permite-lhes decidir livremente sobre o modo de cumprimento de alguns desses deveres.”³⁶

Os autores que negam o carácter negocial do casamento, não se apercebem da contradição lógica existente na disciplina do casamento. Com base no artigo 1635º, al. D) do CC, a simulação é base de anulabilidade do casamento. Como seria isto possível, uma vez que, segundo alguns autores, a vontade não poderia conformar os efeitos do

³⁰ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 65

³¹ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 19

³² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*ob. cit. p. 169

³³ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família...*ob. cit. p. 19. No mesmo sentido *vide* ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 65

³⁴ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 29-31

³⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 231

³⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 231

casamento³⁷. “A lei, ao atribuir relevo à simulação como vício do consentimento no matrimónio, está, pois, a deixar os seus efeitos à disposição da autonomia da vontade.”³⁸

Apesar do enunciado, a verdade é que a autonomia da vontade tem uma diferente configuração no âmbito do direito da família, quando comparado em relação aos outros ramos do direito civil. Os efeitos do negócio jurídico familiar são, fixados na lei, de forma exhaustiva (apesar de tal não obstar à sua qualificação como negócio jurídico), conduzindo a um entendimento dos negócios jurídicos familiares como negócios diversos dos outros negócios jurídicos em geral, pois o fim visado pelas partes identifica-se necessariamente com os efeitos jurídicos correspondentes. A relação entre a vontade e os efeitos desejados pelas partes, será uma relação de meio fim. Pelo que a adoção dum meio, para a realização dum fim não será tanto um problema de autonomia, mas antes um problema de idoneidade instrumental. A partir do momento em que um ato está incluído no campo do jurídico, a autonomia da vontade será apenas na possibilidade de escolher o meio adequado tendo em conta o efeito desejado. Logo, não se poderão aproveitar os efeitos dum negócio jurídico, quando falhem os requisitos do mesmo.³⁹

Devido à vigência de normas imperativas no casamento, verificamos que, “Os efeitos pessoais do casamento, em particular os direitos e deveres dos cônjuges, são fixados imperativamente na lei, sem que as partes possam introduzir desvios ou derrogações do respetivo regime (art. 1699º, nº 1, al. b) CCiv)”⁴⁰. Assim, o facto das relações familiares terem o seu conteúdo legalmente fixado, evidencia outra característica que importa destacar no direito da família: a tipicidade dos direitos familiares, estando estes sujeitos aos *numerus clausus*.⁴¹

Segundo Antunes Varela, de forma a “obterem os efeitos próprios dos vínculos familiares, as pessoas, não gozam, como na zona dos direitos de crédito, de liberdade contratual. Não vigora...o princípio da autonomia privada...Os interessados têm...de subordinar-se aos atos típicos nominados, que a lei oferece para tal efeito.”⁴²

³⁷ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 56

³⁸ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 56

³⁹ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 128-142

⁴⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 230

⁴¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 133. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 23; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 52

⁴² ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 68

Somos forçados a rejeitar esta ideia, pois não existe, nem pode existir neste domínio qualquer semelhança entre o direito da família e o direito das coisas, onde se verifica com mais incidência a característica da tipicidade.⁴³ O Princípio do *Numerus Clausus* no que se refere aos direitos reais refere-se, aos direitos e não aos atos de constituição dos mesmos. Oliveira Ascensão afirma que “Em lugar nenhum a lei limita a autonomia privada em matéria de negócios reais. O que quer dizer que as partes podem, recorrendo a qualquer forma contratual lícita, dar vida a figuras de direito real. E a mesma conclusão é aplicável aos factos transmissivos, modificativos e extintivos de direitos reais.”⁴⁴ Se virmos bem, nunca as partes têm verdadeiramente liberdade de escolha dos atos negociais. É uma faculdade mais ilusória do que real, havendo sempre e em qualquer caso uma tipicidade relativa.⁴⁵ E não podemos sustentar este argumento no facto de não se poder criar relações familiares, através de negócio jurídico, pois isso não demonstra a tipicidade dos direitos familiares. Tratando-se antes duma impossibilidade de objeto (artigo 280º CC). Trata-se duma impossibilidade física quando se tenta criar um vínculo de parentesco e uma impossibilidade legal ou contrária à lei, quando se visa criar um vínculo de afinidade. Além de que, todos os negócios jurídicos contêm já em si uma certa tipicidade quanto aos seus efeitos.⁴⁶

Aliás, a vontade é de tal forma relevante nos negócios jurídicos familiares, que não será possível a sua conversão num tipo negocial diferente, ou atribuição dum conteúdo negocial diverso do querido pelas partes. Além de, ser impossível haver um negócio jurídico familiar com alheamento da vontade. Para ilustrar este ponto, devemos referir a figura da conversão prevista no artigo 293º CC, “O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”. Como indica o artigo 1306º CC que consagra o Princípio do *Numerus Clausus*: “Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.”, ou seja, no artigo 1306º CC dispensa-

⁴³ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 35.

⁴⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Reais*, 5ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2012 p. 286

⁴⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 36-37

⁴⁶ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 38

se a suposição das partes como requisito da conversão, verificando-se uma conversão legal. “O artigo 1306º dispensa nos negócios constitutivos de direitos reais inominados esta última verificação. Estabelece uma conversão legal: o negócio valerá em todos os casos como constitutivo de um vínculo obrigacional, independentemente da verificação do que seria a vontade tendencial das partes.”⁴⁷ Se, “no direito patrimonial, sector tradicionalmente apontado como o da autonomia da vontade por excelência, o legislador enuncia como regras gerais a modificação de tipos negociais ou do respetivo conteúdo com base numa vontade privada simplesmente suposta, ou até com alheamento ou em contradição com o querer real das partes. O facto de esses preceitos não serem intrinsecamente passíveis de aplicação - mesmo por analogia - nos negócios familiares ou lhes quadrarem mal revela, a nosso ver, uma maior radicação destes na vontade das partes e a sua conseqüente recondução à autonomia privada.”⁴⁸

Vozes que diferem deste entendimento poderão socorrer-se do artigo 405º do CC, que consagra o Princípio da Liberdade Contratual. Mas, se tivermos em conta que é necessário se respeitar a causa-função do negócio, qualquer negócio jurídico que o viole será inválido ou terá outra identidade. Pelo que não nos parece que estes argumentos, assentes na tipicidade para rejeitar o carácter negocial do casamento vinguem.

3.3. Casamento como Negócio Jurídico Solene

O casamento é um negócio, onde a vontade dos contraentes, não pode manifestar-se ou exprimir-se de qualquer modo, mas só através de certa forma, determinada pela lei.⁴⁹ Um dos princípios gerais do CC, em matéria de formalismo negocial é o Princípio da Liberdade Declarativa, Liberdade de Forma ou Consensualidade.⁵⁰ Logo, qualquer declaração negocial não depende de forma especial, a não ser que a lei o exija.

O casamento é um dos casos, onde “a lei prescreve a necessidade de observância de determinada forma, o acatamento de determinado formalismo ou de determinadas

⁴⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Editorial Minerva, Lisboa, 1968 p. 96 e 97

⁴⁸ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 153-154

⁴⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 242. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 172-173; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 47-48

⁵⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 393

solenidades.”⁵¹ Mas, o casamento é único no sentido que a forma necessária para o casamento, não é um documento escrito como para a generalidade dos outros negócios solenes, mas antes consiste na cerimónia da celebração do ato.⁵² Sendo então o casamento um negócio solene, não apenas no sentido jurídico da palavra, mas também no sentido vulgar da palavra⁵³. A solenidade do casamento está prevista no artigo 155º do CRC para o casamento civil. A formalidade do negócio visa além das formalidades comuns do formalismo negocial,⁵⁴ “acentuar a importância do casamento, o seu relevo para os nubentes, sobre a sua real vontade de o celebrarem, e sobre a sua capacidade de assumirem os deveres do estado.”⁵⁵ Antunes Varela refere que, “as formalidades prescritas para a realização do matrimónio, além de preservarem a dignidade social do ato, preenchem três das finalidades essenciais do formalismo negocial: a segurança do casamento, mediante a averiguação prévia da capacidade matrimonial dos nubentes; a ponderação das partes, através da interpelação direta que, no momento culminante do ato, lhes é feita pelo oficial público que preside à cerimónia; a prova do ato, cujo assento é lavrado ou transcrito nos livros do registo oficial.”⁵⁶

⁵¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 392

⁵² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. cit. p. 242

⁵³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...* ob. cit. p. 325

⁵⁴ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 43 sendo estas: defender as partes contra a sua própria leviandade ou precipitação; obter uma clara e completa expressão da vontade; marcar a separação entre as simples negociações e os termos definitivos do negócio; facilitar a prova da declaração de vontade.

⁵⁵ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 173

⁵⁶ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 254

4. Casamento como Contrato

O casamento, como vimos, é um contrato. Mas uma das características do casamento como negócio jurídico familiar, é o predomínio normas imperativas.⁵⁷ Esta característica levou alguns autores (Savigny e Cicu), a questionar se o direito da família, devido à natureza especial dos interesses respeitantes à família não seria antes um ramo do direito público.⁵⁸ Esta ideia foi auxiliada não só pelo facto do direito da família estar “dominado por uma ideia de interesse público, de cuja tutela estão encarregados os órgãos do estado e os próprios órgãos familiares”⁵⁹, mas também devido ao facto de certas relações familiares revelarem uma supremacia e uma subordinação.

Quanto ao facto de haver, no direito da família, uma “larga intervenção de órgãos do Estado na constituição, na vida e na extinção das relações familiares, quer do Juiz, quer do Ministério Público, quer de órgãos da Administração como o Conservador do registo civil, e os organismos da segurança social”⁶⁰ como comprovativo da natureza pública do direito da família. A verdade é que os atos, para os quais é necessária a intervenção dum órgão do estado, não são atos de poder estatal, sendo antes um requisito dos próprios atos em si.

E na realidade não há qualquer *ius imperii*, ou qualquer relação de supremacia no direito da família, pois as relações entre o cônjuges baseiam-se na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, estando ambos vinculados a deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (artigos 1671º e 1672º CC). Nas relações entre pais e filhos e tutor e pupilo, poderão ocorrer pequenas manifestações de desnivelamento, mas este desnivelamento, que não é regra, não tem qualquer “coloração política”.⁶¹ E, “a obediência imposta ao filho, ou ao pupilo e o correlativo poder de direção confiado aos pais ou tutor visam o interesse próprio do filho, e não a tutela de interesses superiores da coletividade ou de interesse do titular do direito.”⁶²

Houve quem, contrapondo-se ao carácter contratual do casamento, defendesse a visão do casamento como instituição: o casamento não deverá ser visto como um simples contrato porque “não se limita a constituir direitos de crédito sobre os nubentes. O

⁵⁷ *Vide supra* 3.2.

⁵⁸ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 65-66. No mesmo sentido FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 169-170

⁵⁹ LUIS DIEZ-PICAZO apud PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 21

⁶⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 170

⁶¹ PAULO CUNHA apud PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da Vontade...*ob. cit. p. 24

⁶² ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 67

casamento “cria uma família, o estado de cônjuge, a legitimidade dos filhos”, as relações de afinidade com os parentes do outro cônjuge, bem como uma série de expectativas tuteladas por lei.”⁶³ Sendo o casamento mais uma instituição do que um simples contrato. Como críticas a esta linha de pensamento, poderemos argumentar a necessidade de distinção entre o ato jurídico em si (casamento) e a relação que daí advém. Pois, apesar do casamento criar uma instituição, nada impede que a sua fonte seja um contrato.⁶⁴ Com base nesta ideia, podemos afirmar que, se do casamento resultarem filhos, também não devemos confundir a relação matrimonial com a família, instituição que é composta pelos cônjuges e pelos filhos. Assim, “a ideia da instituição, por virtude da imprecisão do conceito...nunca ganhou profundas raízes na doutrina civilística. Não pode seriamente contestar-se a existência de aspectos institucionais...do direito da família na medida em que os interesses do grupo (social) familiar se impõem a cada passo aos interesses puramente individuais de cada um dos seus membros. Mas não pode considerar-se a família, nem como uma pessoa jurídica autónoma...nem como um ordenamento jurídico ou uma instituição a *se stante* munida de competência para fixar a sua própria disciplina jurídica.”⁶⁵

Apesar das posições indicadas, a verdade é que, o casamento é um contrato, tendo em conta o elemento literal do artigo 1577º CC, o facto de existirem casamento urgentes, onde nem sequer intervém o conservador (artigo 156º do CRC), e essencialmente por o consentimento dos nubentes constituir o núcleo essencial do casamento.⁶⁶

4.1. Requisitos de Fundo do Contrato de Casamento

Os capítulos anteriores, demonstraram claramente que o casamento é um negócio jurídico bilateral ou contrato. E como qualquer contrato, o casamento tem como requisitos de fundo, a capacidade e o consentimento. Irei agora proceder a uma análise de ambos.

⁶³ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 189

⁶⁴ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 190. Como refere o Doutor Antunes Varela podemos indicar como exemplo o facto de não se poder confundir o contrato de sociedade formado entre duas ou mais pessoas, com a própria sociedade que nasce desse contrato

⁶⁵ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 190-191

⁶⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 235

4.1.1. Capacidade

4.1.1.1. Noção

Segundo Mota Pinto, a capacidade consiste num modo de ser ou qualidade do sujeito em si.⁶⁷ Nos negócios jurídicos fala-se de capacidade negocial de gozo e de capacidade negocial de exercício. A capacidade negocial de gozo, consiste na susceptibilidade de um sujeito ser titular de direitos e obrigações derivados de negócios jurídicos. Contrapõe-se-lhe a incapacidade negocial de gozo,⁶⁸ que por sua vez consiste num absoluto impedimento ou proibição da titularidade de tais relações, sendo insuprível. A capacidade negocial de exercício, é a faculdade para atuar juridicamente, exercendo ou adquirindo direitos, cumprindo ou assumindo obrigações, por atividade própria ou através de um representante voluntário. Contrapõe-se-lhe por sua vez, a incapacidade negocial de exercício,⁶⁹ que é um impedimento ou proibição, não absoluta, da realização de negócios e, como tal, podendo ser suprida pelos institutos da representação ou da assistência.⁷⁰

A capacidade, traduz-se no âmbito do casamento, na capacidade matrimonial. Se tivermos em conta os artigos 1596º, 1598º e 1600º do CC verificamos que, a capacidade matrimonial consiste na inexistência de impedimentos matrimoniais,⁷¹ ou seja, a capacidade define-se pela negativa, com base na ausência de impedimentos.

4.1.1.2. Impedimentos Matrimoniais

Antes de mais, convém termos presente duas ideias, para podermos perceber melhor em que consistem os impedimentos matrimoniais:

A primeira ideia é a de que as incapacidades em matéria de casamento não são semelhantes ao que a lei admite para os negócios jurídicos em geral.⁷² Tal deriva dos especiais fins do casamento, que tocam com os mais diversos aspectos da vida dos cônjuges. Pelo que se justifica o estabelecimento de especiais incapacidades que não têm igual na generalidade dos negócios jurídicos.⁷³ Tendo, o casamento por objetivo, o

⁶⁷ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 69. Neste âmbito o autor fala de Capacidade Negocial que consiste na “idoneidade de uma pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações *ex negotio*.”

⁶⁸ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 70

⁶⁹ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 70

⁷⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 411

⁷¹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 215. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 62

⁷² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 288

⁷³ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 183-184

estabelecimento duma plena comunhão de vida entre os cônjuges, tal supõe uma capacidade natural dos cônjuges. Capacidade essa que se traduz na: capacidade de querer e entender os efeitos do casamento, na capacidade sexual (ambas estas são aferidas pela idade nupcial mínima) e ainda numa capacidade que se destina a salvaguardar interesses morais, sociais e económicos, que estão na base da constituição de famílias sãs. Isto significa que a existência de incapacidades matrimoniais, não têm equivalente ou correspondência na generalidade dos negócios jurídicos. Sendo por isso, a capacidade matrimonial um conceito mais abrangente ou mais exigente do que o da capacidade, para a generalidade dos negócios jurídicos. No entanto, ao mesmo tempo, a capacidade matrimonial é menos exigente do que o da capacidade geral para os negócios jurídicos, porque não valem para os casamentos, impedimentos negociais que valem para a generalidade dos negócios jurídicos, como a interdição ou inabilitação por surdez-mudez, cegueira e a dos inabilitação por prodigalidade ou uso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes. Além de que, há impedimentos matrimoniais que a lei, não sanciona com invalidade. Existindo ao mesmo tempo, certos impedimentos que pela sua gravidade, têm um regime particularmente severo.⁷⁴

A segunda ideia é a que, “no casamento, organiza a lei uma averiguação prévia da capacidade matrimonial que não tem paralelo nos demais negócios jurídicos.”⁷⁵ A capacidade dos nubentes, é de tal forma relevante, que ao contrário do que se verifica nos restantes negócios jurídicos, no casamento, há uma averiguação prévia da capacidade matrimonial. Enquanto nos outros negócios a lei estabelece de forma abstrata as incapacidades e, caso algum incapaz conclua determinado negócio, o interessado poderá anular o negócio. Tal já não se verifica no casamento. Sendo a anulação do casamento sempre um mal, a lei procura de forma preventiva evitar aquele mal, impedindo que cheguem a celebrar-se esses casamentos.⁷⁶ O casamento, é assim precedido de um processo preliminar de casamento (artigo 1610º a 1614º CC e 134º a 145º CRC).

⁷⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 289-290. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 61-62; ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 216-217; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 184

⁷⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 290

⁷⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 291.No mesmo sentido podemos ver JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 63

Um Impedimento Matrimonial será assim, as circunstâncias que impedem a celebração do casamento. Verificando-se as referidas circunstâncias, o casamento, não pode celebrar-se, sob pena de anulabilidade do ato, ou sanções de outra natureza. Os impedimentos não são assim, tanto as incapacidades, mas antes as circunstâncias de onde as mesmas surgem. São as causas das incapacidades ou das proibições legais de concluir matrimónio, isto é, são os efeitos que os impedimentos matrimoniais produzem, antes do casamento se celebrar; após a celebração do casamento, os impedimentos determinam a anulabilidade do casamento ou outras sanções.⁷⁷

Os impedimentos matrimoniais classificam-se de diversas formas: Artigos 1601º, 1602º e 1604º do Código Civil:

- Impedimentos Dirimentes – será anulável o casamento que for contraído apesar da existência desse impedimento (artigo 1631º, al. A) Código Civil).
- Impedimentos Impedientes – circunstâncias que impedem o casamento, mas não o tornam anulável se ele chegar a celebrar-se. São proibições legais de contrair casamento.
- Impedimentos Absolutos: são as verdadeiras incapacidades que se baseiam numa qualidade (ou deficiência) da pessoa e impedem-na de casar com qualquer pessoa.⁷⁸
- Impedimentos Relativos: são as ilegitimidades que têm por base a relação duma pessoa com outra ou outras. Estas ilegitimidades só proibem o casamento entre as referidas pessoas.⁷⁹
- Impedimento Dispensável – admitem dispensa
- Impedimento Não Dispensável – não admitem dispensa

A dispensa, é o ato pelo qual uma autoridade, atendendo às circunstâncias do caso concreto e apesar da existência de impedimentos, autoriza o casamento. Apenas são dispensáveis os impedimentos referidos no artigo 1609º, nº 1 CC. A dispensa compete ao conservador do registo civil, que a concederá quando haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento (artigo 1609 nº 2 CC).

⁷⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 291-292

⁷⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 293

⁷⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 184

Se algum dos nubentes for menor, o conservador ouvirá sempre que possível os pais ou tutor (artigo 1609 n° 3 CC).⁸⁰

4.1.2. Consentimento

As ideias, que temos vindo a defender até agora, do casamento como negócio jurídico e do casamento como contrato, demonstram a importância e necessidade do consentimento.

Aliás a própria afirmação da contratualidade do casamento, promove a defesa do consentimento dos cônjuges como o fundamento do casamento, demonstrando quer a importância, quer a imprescindibilidade deste. O consentimento deve revestir a perfeição, pois não é admissível um casamento sem uma vontade perfeita, livre, esclarecida e dirigida aos efeitos práticos do casamento. Pelo que, há que dar uma importância superior ao princípio da vontade no contexto do casamento. Não cedendo espaço às ideias de responsabilidade ou de confiança.⁸¹ Aliás sem a vontade de casar, dos nubentes, e sem que esta vontade tenha sido claramente manifestada, nos termos da lei, não pode haver casamento válido. “Verdadeiramente, é o consentimento dos nubentes que faz o casamento.”⁸²

O regime do consentimento, está disciplinado nos artigos 1617° a 1621° e 1634° a 1638° CC. Sendo de destacar, antes de entrarmos a fundo no regime, as seguintes ideias: a vontade dos nubentes deve obedecer ao Princípio da Atualidade (artigo 1617° CC), segundo o qual, só será relevante consentimento quando manifestado no próprio ato de celebração do casamento; o casamento sendo contrato solene, a lei vai ao ponto de dizer em que palavras deve o consentimento ser expresso.⁸³ Porém, isto não significa que haja, uma proibição de utilização de outras palavras para exprimir o consentimento, apenas se exige que terão que ser claras e inequívocas. O casamento é um contrato verbal e solene.⁸⁴

⁸⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 293-294

⁸¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 177. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 81-82

⁸² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 261

⁸³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..*ob. cit. p. 262

⁸⁴ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 82

Com base no regime legal do consentimento, verificamos que este poderá ser resumido na seguinte expressão: “O consentimento deve ser pessoal, puro e simples, perfeito e livre”⁸⁵

4.1.2.1. Consentimento Pessoal

Artigo 1619º CC: “A vontade de contrair casamento é estritamente pessoal em relação a cada um dos nubentes.” O consentimento, será expresso pelos próprios nubentes, pessoalmente, no ato da celebração do casamento.⁸⁶ Segundo Pais do Amaral a própria Lei nº 83/2015 de 5 de Agosto, que esteve na base da penalização do casamento forçado, surgiu precisamente tendo em conta que a vontade de contrair casamento é estritamente pessoal.⁸⁷

O CC admite o casamento por procuração (artigo 1620º do CC e artigos 43º,44º e 150º do CRC). O que não deixa de suscitar a questão se, não estaremos aqui perante uma incongruência e uma violação do Princípio da Atualidade?

Não, de forma alguma. A lei impõe certas limitações ou exigências para salvaguardar o carácter pessoal do consentimento. Estas exigências ou limitações são: “a procuração deve ser outorgada por documento assinado pelo representado, com reconhecimento presencial da assinatura, por documento autenticado ou por instrumento publico”⁸⁸; “só um dos nubentes pode fazer-se representar por procurador”⁸⁹ (artigo 1620º nº 1 CC e artigo 44º nº 2 do CRC); a procuração que confere poderes especiais para o ato, tem que individualizar a pessoa do outro nubente e indicar a modalidade do casamento (artigo 1620º nº 2 CC e artigo 44º nº 2 CRC). Quanto ao Princípio da Atualidade, verificamos que este não é violado, pois o procurador *ad nuptias* manifesta a vontade do mandante, no momento da celebração do casamento.

O artigo 1628º al. D) CC considera inexistente o casamento celebrado depois de cessados os efeitos da procuração, ou quando quem outorga a procuração não seja parte do

⁸⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 263. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 177; MARTA FALCÃO, MIGUEL DINIS PESTANA SEARA, SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, *Direito da Família, da Teoria à Prática*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra 2016 p. 42

⁸⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 263. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, , *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 177.

⁸⁷ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 82.

⁸⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 263. A não ser que essa procuração seja passada a advogado ou solicitador, bastando nesse caso documento assinado pelo representado (artigo 43º nº 2 e 3 do CRC)

⁸⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 263

casamento, ou quando a procuração seja nula por não conceder poderes especiais para o casamento ou não designe expressamente o outro contraente. Quando não seja indicada a modalidade de casamento (artigo 1620º nº 2 CC), a procuração não será considerada nula, nem o casamento será inexistente. Segundo o artigo 1621º nº 1 CC a procuração cessa os seus efeitos pela revogação da mesma,⁹⁰ essa revogação poderá dever-se à morte do constituinte ou procurador, ou à interdição ou inabilitação de qualquer um deles em consequência de anomalia psíquica. Mas surge uma questão na disciplina do casamento por procuração que importa referir: o procurador *ad nuptias*, tendo em conta o artigo 1620º nº 2 CC é um representante na vontade (representante propriamente dito), ou um representante na declaração (núncio)?

Segundo Manuel de Andrade, o representante não recebe um mandato absolutamente especificado e imperativo, isto é um mandato no qual todas as condições estão taxativamente determinadas. É, facultado ao representante o poder de não concluir o negócio, quando assim o julgue mais vantajoso para o mandante. Já se verifica o contrário, quando falamos do núncio (mensageiro, emissário), pois a este não lhe é deixada qualquer margem de atuação ou decisão, ele funciona como um instrumento material do *dominus negotii*, isto é como simples órgão transmissor da sua vontade.⁹¹

Com base no artigo 1620º nº 2 CC, verificamos que, a procuração não pode estar incompleta, ou seja, não poderá ser deixado ao procurador *ad nuptias* espaço para este integrar a vontade incompleta ou lacunosa do constituinte. Aliás, perante uma procuração passada nesses termos, o conservador deve recusar-se a celebrar o casamento, porque não pode ser deixada ao procurador *ad nuptias* qualquer liberdade de decisão pessoal.⁹² Pelo que, tudo indica, estarmos perante um simples núncio, quando falamos dum procurador *ad nuptias*.

Mas poderá o procurador *ad nuptias* recusar-se a celebrar o casamento, quando tenha conhecimento de alguma circunstância, que suscite dúvidas acerca da possibilidade do constituinte celebrar o casamento?

⁹⁰ A revogação da procuração é um desvio à regra do artigo 224º CC, pois como declaração recetícia, a revogação só seria eficaz quando chegasse ao poder ou fosse conhecida do destinatário, o procurador. Mas neste caso, torna-se válida desde a revogação, entendimento esse confirmado pelo artigo 1621º, nº 2 CC quando admite a revogação a todo o tempo

⁹¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...* ob. cit. p 291

⁹² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 266

Parece-nos que tal dependerá, do acordo entre constituinte e procurador estabelecido na procuração. Se a procuração, obrigar o procurador a celebrar o casamento, independentemente de qualquer circunstância, ele será um simples nuncio. Se o procurador tiver a possibilidade de recusar a celebração, será um representante. E deve ser esse o entendimento, na nossa opinião. O procurador é sempre um representante, com poderes limitados, mas um representante. Aliás, com base no artigo 263º CC, verificamos que o procurador precisa de ter capacidade de entender e querer o negócio. Pelo que é seguro concluir, que o procurador *ad nuptias* é, de facto, um representante.⁹³

Para terminar a caracterização do consentimento como pessoal, parece-me importante indicar duas ideias interessantes: a primeira é de que, segundo o código de direito canónico, Cân. 1104º e 1105º, é possível que ambos os nubentes se façam representar por procurador no casamento católico.⁹⁴ A segunda ideia é a de que apesar de no casamento civil, só um nubente se poder fazer representar por procurador *ad nuptias*, impõe-se a questão se um nubente não se poderia fazer representar pelo outro nubente no casamento. Seria isto possível?

Apesar de um nubente poder representar o outro na organização do processo preliminar do casamento, em princípio, já não o poderá representar na convenção antenupcial sendo isto considerado, um negócio consigo mesmo (artigo 261º CC) e como tal anulável. Poderá, quanto muito haver representação na convenção antenupcial, se o nubente representado não for prejudicado. Para tal não ocorrer será indispensável que a procuração determine o máximo possível, de forma a ser salvaguardada a vontade do representado e limitando o poder de representação do procurador. Quanto propriamente ao casamento em si, atendendo ao já referido, não seria admissível que um cônjuge se fizesse representar pelo outro, pois o consentimento seria concentrado apenas numa só pessoa e o artigo 154º nº 1 CRC refere que no casamento exige-se a presença de “os nubentes, ou um deles e o procurados do outro e o conservador.”⁹⁵

⁹³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...* ob. cit. p. 267-268. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 178-179; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...* ob. cit. p. 84-85

⁹⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. 369-370

⁹⁵ Parecer Pº CC 59/2012 SJC-CT de 24 de Janeiro de 2013 do Instituto de Registos e Notariado

4.1.2.2. Consentimento Puro e Simples:

Segundo o Artigo 1618º nº 2 do CC: “Consideram-se não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes...pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto”.

Logo, não poderão ser apostos ao casamento qualquer condição ou termo. Esta ideia deve-se antes de mais a razões como a dignidade do instituto, tal como à ideia do casamento como negócio familiar pessoal, que afeta o estado das pessoas. Não podendo por isso, ficar na dependência de acontecimento futuro, certo ou incerto.⁹⁶

4.1.2.3. Consentimento Perfeito

Segundo o Artigo 1634º CC: “A declaração de vontade, no ato de celebração, constitui presunção não só de que os nubentes quiseram contrair matrimónio, mas de que a sua vontade não está viciada por erro ou coação.”

A perfeição do consentimento tem duas vertentes: as duas declarações de vontades devem concordar uma com a outra; em cada declaração de vontade deve haver concordância entre a vontade e a declaração.

Por vezes, verifica-se que a vontade manifestada ou declarada não coincide com a vontade real, sendo o consentimento imperfeito. Pelo que, se coloca a questão de saber se o declarante fica ou não vinculado a uma declaração, apesar de ser outra a sua vontade. Há várias teorias apresentadas pela doutrina como a Teoria da Vontade, Teoria da *Culpa in Contrahendo*, Teoria da Responsabilidade, Teoria da Declaração.⁹⁷ Mas quanto ao casamento verificamos que no artigo 1635º CC estão enumeradas (taxativamente) as quatro hipóteses, com base nas quais o casamento pode ser anulado por falta de vontade. Este artigo terá que ser lido em conjunto com o artigo 1627º CC, onde verificamos que só reconduzindo as situações práticas a algumas das quatro hipóteses mencionadas no artigo 1635º CC, é que o casamento pode ser anulado com base na falta de vontade.

Um casamento será anulável por falta de vontade:

⁹⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. 269-270. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 85; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 179

⁹⁷ para mais desenvolvimento sobre estas teorias será interessante consultar MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p 149-168 e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p.457 a 466

- Artigo 1635º al. A) CC: “Quando o nubente, no momento da celebração, não tinha a consciência do ato que praticava, por incapacidade acidental ou outra causa”. Estamos aqui, perante um erro na declaração. Segundo Manuel de Andrade⁹⁸ as hipóteses de erro na declaração poderão ser reduzidas a: Falta ao declarante a própria vontade da ação; Falta ao declarante a vontade da ação como declaração; Há um simples desvio na vontade negocial.

Se falta ao declarante a própria vontade da ação ou falta de vontade da ação como declaração, o casamento é anulável. Isto consiste numa exceção à regra do artigo 246º CC, com base na qual, essa declaração não produzia qualquer efeito. Segundo Antunes Varela as hipóteses de falta de vontade são quase inverosímeis em relação ao casamento comum, mas podem perfeitamente ocorrer no caso de casamento urgente.⁹⁹

Quando o declarante não tem consciência do ato que pratica, tal significa que, ou não tem o livre exercício da vontade no momento da declaração, ou não entende o sentido da declaração. O regime da incapacidade acidental no casamento, diverge do regime da incapacidade acidental nos negócios jurídicos em geral nos seguintes aspetos: a relevância da falta de vontade, no casamento, não depende do seu conhecimento pela outra parte, nem da sua notoriedade; a falta de consciência do ato matrimonial importa quer quando venha da incapacidade acidental, como quando venha de outra causa.¹⁰⁰

Já verificamos um simples desvio na vontade negocial, quando o sujeito tem um comportamento declarativo com o qual pretende realizar um negócio jurídico, apenas não o negócio jurídico com o conteúdo correspondente à sua declaração. Sendo o casamento um contrato de conteúdo fixo, é difícil conceber um erro na declaração, a não ser que se

⁹⁸ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 220

⁹⁹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 270.

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 270. No mesmo sentido *vide* PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*ob. cit. p.173

trate de erro sobre a identidade física do outro nubente, algo que já está disciplinado no artigo 1635º alínea B) CC.

Em qualquer dos casos a anulação só poderá ser requerida pelo cônjuge cuja vontade faltou (artigo 1640º nº 2 CC) e no prazo de três anos após a celebração do casamento, ou seis meses após o seu conhecimento (artigo 1644º CC). A ação, caso o autor faleça na sua pendência poderá ser prosseguida pelos seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes.

- Artigo 1635º al. D) CC “Quando tenha sido simulado”. Têm sido simulados casamentos de forma obter a nacionalidade de um dos cônjuges, suceder ao direito de arrendamento para a habitação, adquirir uma licença de trabalho, etc.¹⁰¹

Mas poderão estes casamento ser considerados válidos?

Certamente que, qualquer destes motivos pode determinar as pessoas a casar, sendo os motivos na base do casamento irrelevantes. Isto verifica-se quer para o casamento, quer para os negócios jurídicos em geral. Se apesar de determinados por um dos motivos referidos, os nubentes têm intenção de fazer e fazem realmente vida em comum, não há simulação e o casamento é válido. Mas, se apenas pretendem prosseguir o fim visado recusando a comunhão de vida que é a essência do casamento, este será simulado. Pois a declaração prestada perante o conservador do registo civil de que os nubentes querem casar um com o outro (artigo 155º, nº 1, al. E) CRC) não corresponde à sua vontade real.¹⁰² Segundo o artigo 1640º, nº 1 CC “A anulação por simulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges, ou por quaisquer pessoas prejudicadas com o casamento”, nos 3 anos após celebração do casamento ou no prazo de 6 meses depois do seu conhecimento (artigo 1644º CC). No casamento simulado os cônjuges não podem recorrer à prova testemunhal (artigo 394º, nº 2 CC), ou à presunção (artigo 351º CC), para provar o acordo simulatório. O mesmo se poderá dizer em relação ao assento de

¹⁰¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 180

¹⁰² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. 273-274

casamento, uma vez que tal, só prova que os nubentes declararam perante o conservador que queriam casar, e não que isso não correspondia à sua vontade real (artigo 371º CC). Mas no entanto, já resultaria do artigo 394º nº 1 CC quando se refere a convenções contrárias ao conteúdo de documentos autênticos, pois estes não têm força probatória plena, como resulta do artigo 394º, nº 2 CC. Já os terceiros poderão recorrer à prova testemunhal (artigo 394º, nº 3 CC). Por último importa referir que a anulação, não pode ser oposta a terceiros de boa fé (artigo 243º CC).¹⁰³

Como nota de interesse merece ser destacado que em Portugal, através da Lei nº 23/2007 de 04 de Julho, no artigo 186º foi criminalizado o casamento ou união de conveniência. O casamento de conveniência consiste num casamento simulado pois os nubentes não têm o propósito da plena comunhão de vida.¹⁰⁴ Sendo de destacar o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03-04-2017¹⁰⁵

4.1.2.4. Consentimento Livre

Segundo o Artigo 1634º CC: “A declaração de vontade, no ato de celebração, constitui presunção não só de que os nubentes quiseram contrair matrimónio, mas de que a sua vontade não está viciada por erro ou coação.”

O consentimento no casamento deve ser livre (artigo 1634º CC), no sentido que a vontade dos nubentes deve-se formar com conhecimento exato dos efeitos do casamento (erro), e sem pressão de violências ou ameaças (coação).¹⁰⁶

Segundo o artigo 1627º CC, só são relevantes para o casamento o vício da vontade do erro e coação. Não sendo assim relevante, para o casamento, o dolo nem o estado de necessidade. A irrelevância do dolo tem sido sustentada, com base na ideia que,

¹⁰³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...* ob. cit. p. 274-275

¹⁰⁴ *Vide infra* 5.2.2.

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03-04-2017, Processo 49/14.6T9BRG.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt>. “Comete o crime do artigo 186º, nº 1 e 2 e 3 da Lei nº 23/2007 de 4/7, em coautoria, na forma tentada a arguida que conjuntamente com um cidadão de nacionalidade tunisina se apresenta na Conservatória do Registo Civil, declarando verbalmente a intenção de celebrar casamento entre si e, depois de informados dos procedimentos que ao caso cabiam, apresentaram na Conservatória documentos para a organização do processo preliminar de casamento, sendo certo que a arguida e o referido tunisino, não tiveram intenção de contrair matrimónio, porquanto a sua real intenção era tão-só regularizar a situação de permanência do arguido, nomeadamente obter autorização de residência, uma vez que o mesmo residia em França na qualidade de “ilegal””

¹⁰⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 181

no casamento engana quem pode. Obviamente, isto não será uma justificção atendível. O *Dolus Bonus* já resultaria do artigo 253º, nº 2 CC¹⁰⁷, no sentido que será um artifício usual, considerado legítimo. Quanto ao *Dolus Malus*, será uma ideia de proteção ao casamento, e garantia de permanência de casamento celebrado validamente, que leva à irrelevância deste. Quanto ao estado de necessidade, talvez fosse possível o seu enquadramento no artigo 1638º nº 2 CC, mas a lei integra na coação.

O erro e a coação são relevantes nos termos do artigo 1636º e 1638º do CC, os requisitos especiais que aí se põem para a relevância, excluem aquelas outras exigências feitas no CC, para a relevância do erro e da coação nos negócios jurídicos em geral. Mas convém aqui precisar a seguinte ideia: havendo condições ou pressupostos gerais que a lei ou a doutrina, exigem para a relevância do erro e da coação, como motivos de anulação do negócio jurídico, tais pressupostos ou condições ainda se aplicam ao casamento. O que não se justifica é que “a porta da anulação ficasse mais aberta para o casamento do que para outro negócio qualquer”.¹⁰⁸

Quando o consentimento é prestado com base em erro ou coação, verificando-se as condições de relevância indicadas, o casamento é anulável (artigo 1631º, al. B) CC). A ação de anulação só poderá ser intentada pelo cônjuge enganado ou coagido/coato, nos seis meses subsequentes à cessação do vício (artigo 1645º CC). Podendo prosseguir a ação, os seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adotantes, se o autor falecer na pendência da ação (artigo 1641º CC). No entanto a anulabilidade pode ser sanada por confirmação, nos termos gerais do artigo 288º CC, essa confirmação pode ser expressa ou tácita, como nos negócios jurídicos em geral (artigo 288º, nº 3), ou por convalidação.¹⁰⁹

Devo desde já indicar que este prazo de anulação parece-me demasiado curto.

4.2. Regimes de Invalidade do Casamento

Os negócios jurídicos em geral, têm uma classificação tripartida dos graus de invalidade: inexistência, nulidade e anulabilidade. Mas, a verdade é que não há qualquer referência na parte geral do CC à inexistência, sendo o regime da nulidade tão severo, que

¹⁰⁷ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. 182

¹⁰⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 280

¹⁰⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 287. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 183

parece não se justificar a inexistência. Mas avancemos com a noção, para percebermos melhor a questão.

4.2.1. Inexistência

A Inexistência ocorre, quando não se verifica sequer aparentemente o *corpus* de certo negócio jurídico, isto é, a materialidade correspondente à noção de tal negócio. Ou quando, existindo essa aparência material, a realidade não corresponde a tal noção. Enquanto consideramos um negócio como nulo ou anulável, tal ideia pressupõe, que pelo menos o negócio exista, ou seja, verificam-se os elementos do negócio, apesar de haver alguma anormalidade.¹¹⁰ Segundo Manuel de Andrade “a inexistência pressupõe que um negócio jurídico nem sequer chegou a ser concluído”.¹¹¹

Assim há justificação para, o regime de inexistência e o regime de nulidade. A lei distingue entre: um negócio que não produz “os efeitos a que é dirigido segundo a vontade das partes, mas a lei reconhece a sua existência como facto jurídico, a que liga determinados efeitos”¹¹² sendo este nulo; e entre um negócio onde “não reconhece sequer a existência do negócio, que não produz efeitos nem como negócio nem como facto jurídico”¹¹³ sendo este inexistente.

No regime de invalidade do casamento, a figura da inexistência é expressamente admitida. Não se distinguindo entre nulidade e anulabilidade, pois não há casamentos nulos, mas apenas anuláveis. Podemos indicar duas razões para a consagração da figura da inexistência no regime do casamento: o regime da anulabilidade, não se revela adequado aos casamentos com vícios mais graves, uma vez que a anulabilidade não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (artigo 1632º CC) só podendo ser invocada por certo círculo de pessoas num determinado prazo, não se podendo aceitar que certos casamentos valham, apenas por não se verificar os pressupostos para a sua anulabilidade; Os casamento anuláveis ainda produzem efeitos putativos (artigo 1647º e 1648º CC). Há certos casamentos que atendendo à gravidade do seu vício, não se justifica que produzam efeitos.

¹¹⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 617-618

¹¹¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 414

¹¹² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 352

¹¹³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*ob. cit. p. 352

O artigo 1628º CC prevê os casos de inexistência:

“É juridicamente inexistente:

- a) Celebrados por quem não tinha competência funcional para o ato, salvo tratando-se de casamento urgente;
- b) Casamento urgente que não tenha sido homologado;
- c) O casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de um deles;
- d) O casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o ato ou de designação expressa do outro contraente”

Regime Jurídico da Inexistência: O casamento inexistente não produz efeitos e a inexistência pode ser invocada a todo o tempo, por qualquer interessado, independentemente de declaração judicial (artigo nº 1630º CC). Ou seja, a inexistência pode ser reconhecida por sentença em ação que não seja especialmente intentada para esse fim, pode ser invocada por via de exceção e declarada oficiosamente pelo tribunal. Se o casamento estiver registado e a inexistência do casamento não resultar do próprio contexto do registo, o registo do casamento não é inexistente (Artigo 85º, nº 1, al. A) CRC), e pode ser necessário intentar uma ação para afastar a prova resultante do registo (Artigo 3º CRC).

4.2.2. Anulabilidade:

O artigo 1627º do CC, consagra o princípio da tipicidade das causas de anulabilidade. Não há anulabilidades tácitas apenas as expressas, cujo elenco é fixado por lei. Todos os casamentos que a lei não diga que sejam anuláveis, devem ser considerados válidos. Os casos de anulabilidade são os referidos no artigo 1631º CC:¹¹⁴

Os casos de anulabilidade são¹¹⁵:

- Os casamentos contraídos com impedimento dirimente.

Exemplo: falta de idade nupcial

¹¹⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 201

¹¹⁵ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 356. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 201; JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões...*ob. cit. p. 90-91

- Os casamento celebrado com falta de vontade por parte de um ou de ambos os nubentes. Exemplo: coação física e simulação
- Os casamentos em que tenha havido vício da vontade juridicamente relevante. Exemplo: coação moral
- Os casamentos celebrados sem a presença das testemunhas exigidas por lei

Regime Jurídico da Anulabilidade: A anulabilidade não opera *ipso iure*, ou seja, não é invocável para qualquer efeito, enquanto não for reconhecida por sentença, em ação especialmente intentada para esse fim (artigo 1632º CC); quanto à referida ação só têm legitimidade para a intentar certas pessoas (artigos 1639º a 1642º CC) e dentro de certos prazos (artigos 1643º a 1646º). Podendo essa anulabilidade ser sanada em certos casos (artigo 1633º CC).¹¹⁶

No regime de casamento, não há apenas um, mas três regimes de anulabilidade:¹¹⁷

I. A lei estabelece a anulabilidade do casamento no interesse dos cônjuges e suas famílias e no interesse público. São os casamentos contraídos, com base num impedimento dirimente. O círculo de pessoas que pode propor ação de anulação é bastante amplo, incluindo o MP, atendendo ao interesse público. Contudo, ainda se justifica precisar algumas distinções:

a) O motivo de anulabilidade é temporário como os casos de casamento contraído com falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e casamento anterior não dissolvido. Devido à possibilidade da sanção da anulabilidade, há um prazo curto para a sua arguição, ou a lei nem sequer admite que a anulação seja requerida depois do motivo de anulabilidade ter cessado

b) O motivo da anulabilidade é permanente, como os casos do casamento ter sido contraído quando haja entre cônjuges relações de parentesco ou afinidade, relações de parentesco no 2º grau da linha colateral, ou nos casos de condenação por homicídio.

¹¹⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 357

¹¹⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p.358-359. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 202

Aqui a anulabilidade não pode ser sanada e o prazo para a ação é longo

II. A lei estabelece a anulabilidade em nome do interesse público. Será o caso de o casamento ser celebrado, sem a presença de testemunhas. A ação de anulação só poderá, neste caso, ser proposta pelo MP.

III. A lei estabelece a anulabilidade no interesse particular de um dos cônjuges, só podendo este requerer a anulação. É o que se verifica nos casos de incapacidade acidental, ou outra causa que determine a falta de consciência do ato, erro sobre a identidade física do outro cônjuge, coação física, erro-vício e coação moral. A anulação só poderá ser pedida pelo cônjuge enganado, coato ou cuja vontade faltou, e dentro de prazo muito curto, valendo pois aqui um regime de anulabilidade idêntico ao dos negócios jurídicos em geral.

4.2.3. Casamento Putativo:

Nos termos do artigo 1647º e 1648º CC, o casamento civil pode produzir efeitos apesar da declaração de anulabilidade. Com base no artigo 289º CC a declaração de anulabilidade do casamento teria efeitos retroativos sobre o casamento. Mas isto iria gerar imensa confusão. Pelo que, surge o instituto do casamento putativo: “Os efeitos putativos têm a sua fonte exclusiva...não num ato jurídico, mas numa situação de facto, resultante da errónea convicção da legalidade do vínculo. A lei, portanto, ao dizer que o casamento nulo ou anulável produz os seus efeitos jurídicos, não exprime senão a ideia de que os efeitos a produzir pelo casamento putativo são aqueles que teria produzido o casamento se fosse válido; isto é, a lei determina que os efeitos do instituto por um processo indireto, remetendo para os efeitos de uma outra instituição. Mas se a lei atribui, pelo casamento putativo, eficácia a uma materialidade, tornando-a produtora de consequências jurídicas, é forçoso dar a esse instituto foros de inteira autonomia...é o facto material, que se revela pela aparência dum casamento, e a que a lei atribui efeitos análogos aos desse ato”¹¹⁸

A produção de efeitos putativos depende de 3 pressupostos:

¹¹⁸ FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, *O Casamento Putativo no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra 1929 p. 25-27

- É necessária a existência de casamento. Se o casamento for inexistente não terá efeitos putativos (artigo 1630º, nº 1 CC);
- É necessário que o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado (artigo 1647º, nº 1 e 3 CC): não operando a invalidade do casamento *ipso iure* (artigo 1632º CC) e enquanto não for reconhecida por sentença, em ação especialmente intentada para esse fim, o casamento produzirá todos os seus efeitos¹¹⁹;
- É necessário que haja boa fé dos cônjuges, ou de pelo menos um deles. Este requisito é diferente dos anteriores. A produção dos efeitos do casamento nos cônjuges está adstrita à boa fé dos mesmos no momento da sua celebração (artigo 1647º CC). Se isto apenas se verificar em relação a um, os efeitos favoráveis apenas se aplicam ao cônjuge de boa fé. De forma reflexa, o casamento poderá produzir efeitos em relação a terceiros. Já a eficácia putativa em relação aos filhos dos cônjuges, não depende da boa fé dos mesmos, como decorre do artigo 1827º CC. A boa fé dos cônjuges é objeto duma presunção legal (artigo 1648º nº 3 CC), e consiste na ignorância desculpável, do vício causador da anulabilidade e nulidade (artigo 1648º nº 1 CC). A boa fé trata-se duma noção subjetiva, alargando, a lei um pouco esta noção de forma a compreender a boa fé do cônjuge cujo consentimento tenha sido extorquido por coação. A boa fé deste cônjuge passa a ser objetiva e moral.¹²⁰

Efeitos do casamento putativo: o princípio geral no que se refere aos efeitos do casamento putativo, estabelece que os efeitos já produzidos pelo casamento mantêm-se para o futuro, isto é, até à data do trânsito em julgado da sentença de anulação do casamento civil (artigo 1647º nº 1 CC), mas não se produzem efeitos novos.¹²¹ Nos efeitos em relação aos filhos, como vimos, não se justifica a distinção entre boa e má fé dos cônjuges. Há a produção de efeitos favoráveis aos filhos nascidos do casamento, de destacar obviamente a presunção “*pater is est*” (artigo 1827º CC). Nos efeitos em relação a terceiros: verificamos que o instituto de casamento putativo também visa proteger

¹¹⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 362

¹²⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 363. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...* ob. cit. p. 204

¹²¹ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...* ob. cit. p. 203-205

terceiros. Mas a proteção de terceiros é apenas “lateral e reflexa”.¹²² Há aqui que distinguir três hipóteses:

- Se ambos os cônjuges estavam de boa fé, o casamento inválido produz todos os seus efeitos, mesmo em relação a terceiros, até ao trânsito em julgado da sentença. (artigo 1647º, nº 1 CC)
- Se apenas um dos cônjuges estava de boa fé, o artigo 1647º, nº 2 CC faz as seguintes distinções:
 - Tratando-se de relações que se estabeleceram entre os cônjuges, estas vão afetar terceiros nos seus interesses. Os respetivos efeitos, enquanto “mero reflexo, relativamente a terceiros, das relações havidas entre os cônjuges.” (artigo 1647º nº 2 CC), produzem-se ou não conforme sejam ou não favoráveis ao cônjuge de boa fé.
 - Tratando-se de relações que se estabelecem entre cada um dos cônjuges e terceiros, mas que estejam na dependência do estado de casado, a solução é diversa. Não havendo relação entre os próprios cônjuges, não se justifica a distinção entre cônjuge de boa e de má fé, pelo que o terceiro não estará protegido
- Se ambos os cônjuges estavam de má fé, o casamento não produz efeitos em relação a estes e em relação a terceiros¹²³

¹²² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 365 No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 205

¹²³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito..* ob. cit. p. 365-366. No mesmo sentido *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 205

5. Casamento Forçado

5.1. Definição

O Casamento Forçado, é um casamento, no qual uma ou ambas as partes não consente(m) livremente à união, e onde há coação para garantir que o mesmo ocorra.¹²⁴

O documento central sobre o casamento forçado é a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, celebrada em Istambul a 11 Maio 2011, designada como Convenção de Istambul. A Convenção de Istambul foi responsável pela introdução dum novo paradigma, no qual concebe todas as formas de violência contra as mulheres¹²⁵, como violência de género. Apesar de reconhecer que existe violência contra os homens, a convenção afirma que há certos tipos de violência, que atingem de forma desproporcionada a mulher, ou que têm como alvo a mulher exclusivamente pelo facto de esta ser mulher.¹²⁶

O artigo central da Convenção de Istambul, para o nosso estudo, é o artigo 37º, que tem como epígrafe “Casamento Forçado” onde refere que “As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização da conduta intencional de forçar um adulto ou criança a contrair matrimónio”, tal como “as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização do ato intencional de enganar uma criança ou adulto a fim de o levar do território de uma Parte ou Estado onde reside para outro com o objetivo de forçar essa criança ou adulto a contrair matrimónio.” É necessário igualmente ter em conta o artigo 32º da Convenção que tem por epígrafe as “Consequências Cíveis dos Casamentos Forçados”, onde refere que “As Partes tomarão as

¹²⁴ UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN, “*Like a Bird with Broken Wings*”, *Afghan Women Oral History*, 1978-2008 UN Women, Cabul, 2013, disponível em: <http://www.refworld.org/pdfid/52e0d06f4.pdf> (07/11/2017) p. 36; No mesmo sentido vide SUSANNA GREIJER, JAAP DOEK, *Terminology guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse*, Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children, Luxemburgo, disponível em: http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/Terminology%20guidelines_ENG.pdf (07/11/2017) p. 65; ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA, Resolução 1468 (2005), *Forced Marriages and Child Marriages* disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17380&lang=en> (07/11/2017); ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA, Doc. 14115 (29 Junho 2016), *Addressing Forced Marriage: legal provisions and promising practices*, disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=22984&lang=en> (07/11/2017)

¹²⁵ Com base no artigo 3º al. F) da Convenção de Istambul, quando nos referimos a Mulheres tal envolve também raparigas com menos de 18 anos

¹²⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género, *EX AEQUO*, Nº 31, p. 106

medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que os casamentos celebrados pela força sejam anuláveis, anulados ou dissolvidos”.

A Convenção de Istambul esteve na origem da penalização do casamento forçado e dos atos preparatórios do mesmo, artigos 154º-B e 154º-C CP.¹²⁷

Mas antes da Convenção de Istambul, o casamento forçado já tinha sido de algum modo disciplinado, nos seguintes instrumentos:

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Artigo 9º¹²⁸
- Declaração Universal dos Direitos do Homem: Artigo 16º nº2¹²⁹
- Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos: Artigo 23º nº 2 e 3¹³⁰
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências: Artigo 23 nº1 al. A)¹³¹
- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Artigo 10º nº 1¹³²
- Convenção sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo de Casamentos, Artigo 1º nº 1¹³³
- Recomendação sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo de Casamento: Princípio I¹³⁴
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Artigo 12º¹³⁵

Após a leitura dos referidos artigos podemos concluir, que o casamento forçado assenta na problemática da capacidade e do consentimento livre dos esposos.

¹²⁷ MÁRIO FERREIRA MONTE, “Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos tempos, Novos Crimes...”, Comentários à Margem da Lei 83/2015, de 5 de Agosto, *Julgar*, nº 28 (2016), p. 75

¹²⁸ disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (consultado em 22/1/2018)

¹²⁹ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_3.htm (consultado em 07/11/2017)

¹³⁰ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_6.htm vigorando em Portugal desde 15/09/1978 (consultado em 07/11/2017)

¹³¹ disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_1.htm vigorando em Portugal desde 23/10/2009 (consultado em 22/01/2018)

¹³² disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_4.htm vigorando em Portugal desde 31/10/1978 (consultado em 07/11/2017)

¹³³ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_12/IIIPAG3_12_1.htm (consultado em 07/11/2017)

¹³⁴ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_12/IIIPAG3_12_2.htm (consultado em 07/11/2017)

¹³⁵ disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_13.htm vigorando em Portugal desde 01/06/2010 (consultado em 22/01/2018)

5.2. Figuras Afins do Casamento Forçado

Há quem limite a definição do casamento forçado, defendendo uma distinção entre os Casamentos Forçados e os Casamentos Infantis, Casamentos de Conveniência e Casamentos Arranjados ou Combinados¹³⁶. Desde já devo afirmar que não concordo com esta ideia. Mas vejamos cada um:

5.2.1. Casamento Infantil ou Precoce

O casamento infantil, consiste numa união, onde um ou ambos os intervenientes têm menos de 18 anos.¹³⁷ Como vimos, o casamento pressupõe, segundo o artigo 16º nº 2 da DUDH, que haja “um livre e pleno consentimento dos futuros esposos.” E com base na CEDAW, artigo 16º nº 2 “A promessa de casamento e o casamento de crianças não terão efeitos jurídicos e todas as medidas necessárias, incluindo disposições legislativas, serão tomadas com o fim de fixar uma idade mínima para o casamento e de tornar obrigatório o registo do casamento num registo oficial”¹³⁸. A Convenção sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo de Casamentos, no artigo 2º refere que “Os Estados Partes...deverão adoptar medidas legislativas para estabelecer uma idade mínima para contrair casamento. As pessoas que não tenham alcançado esta idade não poderão contrair casamento legalmente, excepto se a autoridade competente tiver concedido uma dispensa de idade, por motivos ponderosos e no interesse dos futuros esposos.” Em conjunto com esta convenção, é necessário referir a Recomendação sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registo dos Casamentos, que, no Princípio II, estabelece “Os Estados membros deverão adoptar medidas legislativas para estabelecer uma idade mínima para contrair casamento a qual, em qualquer caso, não deverá ser inferior aos quinze anos de idade; as pessoas que não tenham alcançado esta idade não poderão contrair casamento legalmente, excepto se a autoridade competente tiver concedido uma dispensa de idade, por motivos ponderosos e no interesse dos futuros esposos.” Também se torna relevante indicar, a Convenção sobre os Direitos da Criança

¹³⁶ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage...* ob. cit. p. 9

¹³⁷ UNITED NATIONS POPULATIONS FUND (UNFPA), “*Marrying too Young, end child marriage*”, Nova Iorque, 2012, disponível em: <http://www.unfpa.org/end-child-marriage> (consultado em 07/11/2017) p. 10

¹³⁸ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_1.htm vigorando em Portugal desde 3/9/1981 (consultado em 07/11/2017)

que estabelece no artigo 19º “Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda dos seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.”¹³⁹, o que só por si talvez não seja muito claro, mas juntando ao comentário geral nº 13, sobre o direito da criança a não ser sujeito a qualquer forma de violência, do Comité dos Direitos das Crianças de 2011¹⁴⁰, verificamos no ponto 29 que os maus tratos incluem na alínea E) o Casamento Forçado e Casamento Infantil.

No entanto, a expressão casamento infantil não parece, conseguir englobar toda a problemática deste assunto. Daí que surja a expressão casamento precoce que se refere a casamentos envolvendo pessoas menores de 18 anos, em países onde a maioridade já foi atingida anteriormente ou com o casamento. Também se podendo referir a expressão ao casamento onde, apesar de ambos os nubentes terem mais de 18 anos, há factores que os tornam impreparados para o mesmo, como o desenvolvimento físico, emocional sexual ou psicológico, ou uma falta de informação no que diz respeito às opções de vida.¹⁴¹ Pelo que, será, na nossa opinião, mais correto utilizar a expressão conjunta casamento infantil ou precoce.

O casamento infantil ou precoce, é considerado uma forma de casamento forçado, tendo em conta que uma ou ambas as partes, não expressaram o seu consentimento informado de forma completa e livre. Tendo sempre presente que, uma forma de respeitar o crescente desenvolvimento e maturidade dum criança para tomar decisões que a afetam de forma pessoal, pode passar pela permissão dum casamento a uma criança menor que 18 anos, desde que se reúnam determinadas condições, a criança tenha no mínimo 16 anos e tal decisão seja feita por um juiz tendo por base critérios legais e provas de maturidade da criança, sem atender a tradições culturais. Pelo que, terá de se atender a situações nas quais o consentimento não é livre, ou o mesmo seja prestado sem a criança ter capacidade física,

¹³⁹ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIPAG3_3_1.htm vigorando em Portugal desde 21/10/1990 (consultado em 07/11/2017)

¹⁴⁰ disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_6_2.htm (consultado em 07/11/2017)

¹⁴¹ REPORT OF THE OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Preventing and eliminating child, early and forced marriage*, 2014, disponível em: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A-HRC-26-22_en.doc (consultado em 07/11/2017) p. 3

psicológica para entrar na vida adulta ou tomar decisões informadas e conscientes. Isto é, sem a criança estar preparada para dar o consentimento nupcial.

O casamento infantil também poderá ser utilizado como forma de permitir, a membros de família ou comunidade, casando com a criança menor, adquirirem documentos para emigrar para o país de residência desta.¹⁴²

Assim “as crianças são, por definição, incapazes de consentir ou exercer o direito de recusa, o casamento infantil é um casamento forçado, e como tal viola o padrão dos direitos humanos fundamentais, tendo por isso que ser estritamente proibido.”¹⁴³

Podendo nós concluir, com segurança, que não se deverá distinguir entre casamento infantil ou precoce e casamento forçado. Além de que, como indicador do afirmado, verificamos que a matéria do casamento forçado é muitas vezes tratada em conjunto com o casamento infantil ou precoce¹⁴⁴

5.2.2. Casamento de Conveniência

O casamento de conveniência, consiste na celebração de um casamento ou estabelecimento duma união de facto, com a finalidade única de permitir à pessoa interessada entrar ou residir num Estado-Membro.¹⁴⁵ Como tentativa de impedir esta conduta é forçoso indicar a Diretiva 2003/86/CE de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar¹⁴⁶ quando refere que, “Os Estados-Membros podem também indeferir um pedido de entrada e residência, para efeitos de reagrupamento familiar, retirar ou não renovar a autorização de residência dos familiares, se se demonstrar

¹⁴² JOINT GENERAL RECOMMENDATION N° 31 OF THE COMMITTEE ON ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMAN/GENERAL COMMENT N° 18 OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD ON HARMFUL PRACTICES, disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?SymbolNo=CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 (consultado em 07/11/2017)

¹⁴³ SIGMA HUDA, *Report of the special rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children*, Human Rights Council, Fourth Session, 24/01/2007, disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/Annual.aspx> (consultado em 09/11/2017) p. 9

¹⁴⁴ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, Resolução A/RES/71/175 de 19/12/2016, disponível em <http://www.un.org/en/ga/71/resolutions.shtml> (consultado em 22/01/2018)

¹⁴⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Glossário de Migração e Asilo, uma ferramenta para a melhoria da comparabilidade*, Rede Europeia de Migrações 2012, disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary/index_m_en (consultado em 09/11/2017) p. 29; FRA – *Addressing forced marriage...* ob. cit. p. 9. *Vide supra* 5.2.1. quando nos referimos ao casamento infantil ou precoce para auxílio à imigração

¹⁴⁶ disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003L0086> (consultado em 09/11/2017)

que: o casamento, a pareceria ou a adopção tiveram por único fim permitir à pessoa interessada entrar ou residir num Estado-Membro” (artigo 16º, nº 2 alínea B)).

A referida Diretiva foi transposta para o nosso Ordenamento Jurídico pela Lei nº 23/2007, no artigo 186º.¹⁴⁷ Esta lei veio criminalizar o casamento de conveniência, tratando-se na realidade, dum casamento simulado.¹⁴⁸

Mas podemos considerar o casamento de conveniência como um casamento forçado?

Na nossa opinião os dois fenómenos, em certos aspetos, sobrepõe-se. A Diretiva 2011/36/UE do Parlamento e do Conselho de 5 de Abril de 2011¹⁴⁹ no seu considerando 11 e no artigo 2º nº 3, adopta um conceito amplo de TSH, passando a incluir novas formas de exploração como o casamento forçado. Fenómeno esse comprovado pelo relatório do Conselho da Europa, que indica como uma das causas de tráfico de crianças o casamento forçado.¹⁵⁰

A ONU, num relatório de 2016, refere que 1,4% das vítimas de TSH é traficada para casamentos forçados e casamentos de conveniência e apesar de muitos casamentos de conveniência não envolverem TSH, o certo é que alguns envolvem.¹⁵¹ A ligação do casamento de conveniência ao TSH, torna-se óbvia com base num relatório do Instituto Europeu para o Controlo e Prevenção do Crime associado com as Nações Unidas,¹⁵² quando avança com a noção de casamento de conveniência com situação de exploração. Enquanto num casamento por conveniência, as partes casam e posteriormente separam-se, de forma consentânea. Há um certo circunstancialismo no qual, este tipo de casamento pode tornar-se fonte de exploração, podendo até levar ao tráfico de seres humanos. Os casos identificados neste relatório, demonstram uma exploração séria e continuada,

¹⁴⁷ disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=920&tabela=leis (consultado em 09/11/2017)

¹⁴⁸ Vide supra 4.1.2.4 nota 105

¹⁴⁹ disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32011L0036> (consultado em 09/11/2017)

¹⁵⁰ GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), *6th General Report on GRETA's Activities, Covering the period from 1 January to 31 December 2016*, Março 2017, disponível em: <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/home> (consultado em 09/11/2017) p. 35

¹⁵¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nova Iorque, 2016, disponível em: <https://www.unodc.org/> (consultado em 09/11/2017)

¹⁵² EUROPEAN INSTITUTE FOR CRIME PREVENTION AND CONTROL, AFFILIATED WITH THE UNITED NATIONS (HEUNI), *Exploitive Sham marriages: exploring the links between human trafficking and sham marriages* (policy paper), Helsinquia disponível em: <http://www.heuni.fi/> (consultado em 09/11/2017)

violência sexual e física, com limitações de liberdade pessoal e liberdade de circulação, confisco de documentos de identificação. Contendo, os elementos necessários (facto, meio e intenção) para a sua qualificação como TSH. Logo, o “Casamento de Conveniência com situação de exploração seria a situação onde um cidadão dum estado-membro seria explorado ou vítima de TSH num contexto de casamento de conveniência com um cidadão dum não estado-membro.”

No relatório verificamos que o objetivo do casamento é, o noivo receber um visto de residência na UE. As vítimas estão sujeitas a controlo psicológico, violência física e sexual, controlo financeiro, privação de liberdade pessoal, restrição de liberdade de circulação, confisco de documentos e condições miseráveis de vida. Tendo muitas vezes já, as vítimas antes do casamento de conveniência, dificuldades financeiras, históricos de exclusão social, baixo nível de educação, debilidades mentais, falta de conhecimento linguístico, sem redes de suporte social, ou sendo mães solteiras.¹⁵³ Mas, também não poderemos subestimar igualmente a importância que uma oferta de quantia significativa de dinheiro, ou o simples desejo de melhorar o nível de vida, poderá ter sobre uma pessoa. Importa salientar que muitas vezes as mulheres nestas situações não procuram ajuda pois, ao celebrar um casamento de conveniência, elas próprias já cometeram um crime.¹⁵⁴

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, no Artigo 3º refere que “Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou extração de órgãos”¹⁵⁵ e “As formas de engano e de exploração podem incluir, (...), os casamentos com fins díspares do da constituição de família. Os casamentos de

¹⁵³ O relatório refere-se essencialmente a vítimas de sexo feminino. Não querendo isto significar que os homens não sejam vítimas de casamento de conveniência. *Vide supra* 5.1.

¹⁵⁴ HEUNI, *exploitive sham marriages...* ob. cit.

¹⁵⁵ disponível em: http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/protocolotraficopt.pdf (consultado em 09/11/2017)

conveniência constituem um dos tipos de criminalidade que pode ser conexas com o tráfico de seres humanos”¹⁵⁶

Segundo o RIFA de 2016, verificamos que foi registado pelo SEF que dos ilícitos ligados à imigração houve 31 crimes registados de casamentos de conveniência, sendo este o quarto crime com mais expressão, atrás de falsificação de documentos (137), outros (62) e auxílio à imigração ilegal (49).¹⁵⁷

Talvez, o casamento de conveniência não se subsuma na sua totalidade ao conceito de casamento forçado. Mas o casamento de conveniência com situação de exploração cabe perfeitamente no âmbito do casamento forçado. Tal é confirmado pela EUROPOL no seu aviso onde afirma que: “A EUROPOL notou um aumento nas contribuições ligando o casamento por conveniência ao tráfico de seres humanos. Neste cenário as mulheres são traficadas, para serem forçadas a celebrar um casamento de conveniência.”¹⁵⁸

5.2.3. Casamento Arranjado ou Combinado

O Casamento Arranjado ou Combinado consiste numa união acordada pelas famílias (habitualmente os pais), podendo haver aceitação ou não da parte de quem se casa.¹⁵⁹ Mas a verdade, como veremos é que poderão existir limitações ao consentimento do casamento.

Há quem distinga entre casamento forçado e casamento combinado, no sentido que, perante um casamento combinado, a família do cônjuge apesar de arranjar o casamento, a decisão, o consentimento cabe sempre ao cônjuge. “A base da distinção entre o casamento forçado e o combinado, consiste no direito a escolher o parceiro, a possibilidade de recusar o consentimento e a suposição que o casamento é feito de livre

¹⁵⁶ MARIA JOÃO GUIA, *O Casamento e o tráfico de Seres Humanos: uma Ameaça Premente?*, 3º Congresso de Investigação Criminal, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária 2012

¹⁵⁷ SERVIÇO DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRAS, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016* disponível em: <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2016.pdf> (consultado em 09/11/2017) p. 24

¹⁵⁸ EARLY WARNING NOTIFICATION, *Marriages of Convenience: a link between facilitation of illegal immigration and THB*, Haia 2014 disponível em: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ewn_2014_8_public_fp_phoenix_fp_checkpoint_marriages_2.pdf (consultado em 09/11/2017)

¹⁵⁹ ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO FAMILIAR, *violência sexual e de género, casamentos forçados*, disponível em: <http://www.apf.pt/violencia-sexual-e-de-genero/casamentos-forcados> (consultado em 09/11/2017)

vontade. Além de ser uma tradição que existe em muitas comunidades há muito tempo.”¹⁶⁰

161

Porém em certas situações, a diferença, é muito ténue. Os casamentos combinados são definidos como uma construção social que incute na rapariga desde uma idade jovem, a expectativa que incide sobre si e os seus deveres, com um entendimento do que constitui “envergonhar” a família. Se a rapariga for raptada, não haverá grande discussão sobre a falta de liberdade do seu consentimento. Mas, quando o casamento é “combinado” através de meios ardilosos e com base na decepção pela sua própria família, a rapariga não entende, imediatamente que um casamento combinado e um casamento forçado são essencialmente a mesma coisa.¹⁶² E “Um casamento imposto a uma mulher não explicitamente pela força, mas sujeitando-a a uma desmesurada pressão e/ou manipulação, frequentemente dizendo-lhe que a recusa dum pretendente irá prejudicar a posição da sua família na comunidade, poderá ser entendido como força.”¹⁶³

Pelo que será notório aqui, que a pressão familiar ou social, irá limitar a liberdade de consentimento para o casamento, o que constitui um casamento forçado.¹⁶⁴

Como ficou demonstrado, o casamento infantil ou precoce, o casamento de conveniência com situação de exploração e o casamento arranjado ou combinado, subsumem-se no conceito de casamento forçado.

5.3. Regime Penal do Casamento Forçado

O casamento forçado surge positivado no artigo 154º-B CP, tal como os seus atos preparatórios, artigo 154º-C CP.

Trata-se dum crime inserido no Capítulo IV – Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal, no Título I – Dos Crimes contra as Pessoas, no Livro II – Parte Especial do Código Penal.

¹⁶⁰ SIGMA HUDA, *Report of the special rapporteur...*ob. cit. p 10

¹⁶¹ *Vide infra* 5.3.2.

¹⁶² CAROLE OLIVE MOSCHETTI, *Conjugal wrongs don't make rights: international feminist activism, child marriage and sexual relativism*, p. 270, disponível em <https://minerva-access.unimelb.edu.au/handle/11343/39560>

¹⁶³ SIGMA HUDA, *Report of the special rapporteur...*ob. cit. p 10

¹⁶⁴ Neste sentido importa ver FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced...*ob. cit. p. 10; EU FEM ROADMAP, “Roteiro da UE para a referenciação sobre o casamento forçado/precoce para profissionais de 1ª linha” disponível em <http://femroadmap.eu/> (consultado em 22/01/2018) p. 10

5.3.1. Antes da Convenção de Istambul

Antes da sua penalização, o casamento forçado já era ilegal. Estando tutelado pelo CP, nomeadamente através do crime de coação (artigo 154º CP).

A liberdade é um dos direitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico (artigo 27º CRP). Esta liberdade pessoal do sujeito divide-se entre: liberdade de decisão e de ação e liberdade de movimento. Sendo a coação “o tipo fundamental dos crimes contra a liberdade de decisão e de ação.”¹⁶⁵

A liberdade de decisão e de ação tem diversas manifestações, sendo algumas dessas manifestações, autonomizadas pelo legislador penal, na criação de singulares tipos de crimes de coação, como é o caso de crime de coação sexual (artigo 163º CP), crime de coação de eleitor (artigo 340º CP), e após 2015, o caso do crime de casamento forçado (artigo 154º-B CP).

Mas há um crime geral de coação (artigo 154º CP), para proteção de todas as possíveis e legítimas manifestações da liberdade pessoal. O crime de coação está, para os singulares crimes de coação numa relação de generalidade e subsidiariedade. O artigo 154º CP apenas se aplica, quando a lesão da liberdade de ação realizada pela conduta não se subsumir a um dos crimes de coação tipicamente singularizados¹⁶⁶, que era o caso antes da Lei nº 83/2015, de 05 de Agosto.

O crime de coação não compreende apenas as decisões que restringem a liberdade de decisão e de ação como também as ações que eliminam, em absoluto, a possibilidade de resistência a essas. Bem como, as ações que afetam os pressupostos psicológico-mentais da liberdade de decisão, isto é, a própria capacidade para decidir.¹⁶⁷ O tipo objetivo de ilícito da coação consiste em constranger outra pessoa a adoptar um determinado comportamento, isto é, praticar, omitir ou suportar uma ação. Podendo o constrangimento ser aplicado a qualquer pessoa, e podendo a conduta coagida ser qualquer uma, não precisa de se tratar

¹⁶⁵ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 154º”, in *Comentário Conimbricense do Código penal: Parte Especial*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 568. No mesmo sentido vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora 2015 p. 604

¹⁶⁶ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 154º...”, ob. cit. p. 568-569

¹⁶⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 154º...”, ob. cit. p. 569

duma conduta com relevância jurídica ou sequer social. Sendo os meios de efetivar a coação a violência ou ameaça com mal importante¹⁶⁸:

- A Violência, segundo o conceito tradicional, consistia num uso ou intervenção de força física, podendo esta ser absoluta ou relativa, consoante eliminava, ou não, qualquer possibilidade de resistência do coagido.

Este conceito evoluiu de forma a abranger a violência psíquica, pelo que podem ser consideradas violência: condutas omissivas e condutas que, apesar de não consistirem na utilização da força física, eliminam ou diminuem a capacidade de decisão ou resistência da vítima.

A violência, pode se verificar tanto sobre o coagido, como sobre um terceiro, mas é necessário que o terceiro, neste caso, esteja numa relação de proximidade do coagido, pois só deste modo é que se poderá considerar o ato de violência, sobre terceiro, como adequado a afetar a liberdade de ação da pessoa que o agente pretende constranger. A violência, também pode consistir numa intervenção física sobre coisas. Estas tanto podem ser do coagido como de terceiro. Necessário é que o mal causado nas coisas seja adequado a afetar a liberdade de ação do coagido, de forma a constranger este a adoptar o comportamento visado pelo agente.¹⁶⁹

- Ameaça com mal importante. A ameaça, quer estejamos a falar do crime em si (artigo 153º CP), quer estejamos a falar da forma de efetivar a coação, pressupõe que se trate sempre dum mal futuro na dependência da vontade do agente. Logo a distinção principal entre violência e ameaça consiste na atualidade ou iminência do mal. Quanto ao mal importante, trata-se dum conceito indeterminado, pelo que caberá a doutrina e à jurisprudência a sua concretização. Esta concretização terá que ter por base que:

- “o mal importante tanto pode ser ilícito como não ilícito, isto é...não tem que ser ilegítimo...a execução da conduta,

¹⁶⁸ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “*Artigo 154º...*”, ob. cit. p. 570.

¹⁶⁹ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “*Artigo 154º...*”, ob. cit. p. 570-571. No mesmo sentido *vide* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...* ob. cit. p. 605

objeto da ameaça, não tem de constituir um ilícito, seja penal ou qualquer outra espécie, civil, laboral, etc.”¹⁷⁰

○ A definição de mal importante, refere-se à adequação da ameaça a constranger o ameaçado, a comportar-se de acordo com a exigência do ameaçante, ou seja, só devermos considerar o mal que, nas circunstâncias do caso concreto, é susceptível de fazer alterar a vontade do coagido.

Pelo que “mal importante é igual a mal adequado a constranger o ameaçado, e mal adequado é igual a mal que, tendo em conta as circunstâncias concretas (idade, pobreza, dependência económica do coagido face ao ameaçante, sensibilidade individual e social do ameaçado, etc.) do ameaçado, é visto pelo homem comum como susceptível de coagir o ameaçado”¹⁷¹

A consumação do crime de coação, exige que o coato tenha, efetivamente, sido constrangido a praticar, omitir ou a tolerar determinada ação, de acordo com a vontade do coator e contra a sua vontade. Para haver consumação, não basta a adequação da ação e a adopção (por parte do destinatário da coação) do comportamento conforme à imposição do coator, é ainda necessário que entre este comportamento e aquela ação de coação haja uma relação de efetiva causalidade.¹⁷²

A consumação do crime de coação verifica-se, com o início da execução da conduta coagida. Se o objeto da coação for a prática de uma ação, esta verifica-se quando o coato iniciar esta ação. Se o objeto da coação for a omissão ou tolerância de uma ação, a coação consuma-se no momento em que o coato é impedido de agir ou de reagir.

No crime de coação basta o dolo eventual, ou seja, basta que o autor tenha consciência de que a violência que exerce ou a ameaça que faz é susceptível de constranger e com isso se conforme. A pena para o crime de coação será pena de prisão até 3 anos ou pena de multa. E como não se refere o limite máximo de pena de multa, teremos que recorrer ao artigo 47º CP, que estabelece o limite máximo de 360 dias de multa. O crime de coação é um público. Mas caso estejamos perante cônjuges, ascendentes e descendentes, adoptantes e adoptados ou entre pessoas do mesmo sexo que vivam em

¹⁷⁰ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “*Artigo 154º...*”, ob. cit. p. 572; Acórdão STJ 1-2-2006 proc. 3127/05, disponível em <http://www.dgsi.pt> (22/11/2017)

¹⁷¹ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “*Artigo 154º...*”, ob. cit. p. 573

¹⁷² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 07-01-2009, processo nº 0816766, disponível em <http://www.dgsi.pt> (22/11/2017)

situação análoga à dos cônjuges, o procedimento criminal irá depender de queixa (artigo 154º nº 4 CP).

5.3.2. Após a Convenção de Istambul

Com a Lei nº 83/2015, de 05 de Agosto, surgiu o Artigo 154º-B CP que disciplina especificamente o casamento forçado e o Artigo 154º-C CP que pune os atos preparatórios do crime de casamento forçado. Verificamos assim uma autonomização em relação ao crime (geral) da coação do ato de forçar outra pessoa a casar ou a viver em união de facto. Isto é revelador duma maior censura ética a este comportamento decorrente da Convenção de Istambul, certamente que o legislador deve ter topado com um crescendo destas situações de tal modo que considerou que os tipos legais existentes não seriam suficientes para dar resposta aos casos.¹⁷³

Assim com a penalização do casamento forçado o legislador quis autonomizar estas situações em relação ao crime geral da coação. E por as considerar especialmente mais relevantes prescindiu até do meio violento ou da ameaça com mal importante, bastando-se agora com o constrangimento, aumentando inclusive a moldura penal até 5 anos.¹⁷⁴

Importa referir por último o artigo 42º da Convenção de Istambul que rejeita qualquer justificação com base na cultura, religião, tradição ou honra para os atos de violência contidos na convenção. Tal como o artigo 55º da Convenção de Istambul que se reflete no artigo 154º-B CP, onde está consagrada a natureza pública do crime de casamento forçado. O que assume “uma finalidade de prevenção geral, dissuadindo os potenciais agressores da prática do crime, envolve mais as entidades competentes na investigação, e, protegendo as vítimas, potencia o aumento da colaboração destas no processo penal”¹⁷⁵.

O natureza pública do crime é bastante positivo, pois como vimos, antes da Lei nº 83/2015 de 05 de Agosto, se a coação tivesse lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adoptantes e adoptados, ou entre pessoas, de outro ou do mesmo sexo, que vivam em situação análoga à dos cônjuges, o procedimento criminal dependia de queixa,

¹⁷³ MÁRIO FERREIRA MONTE, “*Mutilação Genital...*”, ob. cit. p 81. Quando nos referimos aqui a legislador referimo-nos ao legislador da perspectiva do Conselho da Europa.

¹⁷⁴ MARIO FERREIRA MONTE, “*Mutilação Genital...*” ob. cit. p. 80 e seguintes.

¹⁷⁵ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *A Convenção de Istambul...* ob. cit. p. 115

desde que não se tratasse duma coação agravada (artigo 155º CP, redação anterior à Lei nº 83/2015). As razões disto prendiam-se com “a não elevada gravidade da infração e, sobretudo, o interesse institucional em não afetar a comunidade familiar ou coabitacional de que partilham o infrator e a vítima”¹⁷⁶

5.4. Regime Civil do Casamento Forçado:

5.4.1. Relativo à Capacidade

Impedimento Dirimente Absoluto:

5.4.1.1. A Falta de Idade Nupcial – Artigo 1601º alínea A) CC

A idade nupcial consiste na idade mínima que demonstre suficiente maturidade física e psíquica, que a lei exige, para que se possa celebrar um casamento válido.¹⁷⁷

Há duas razões para o estabelecimento duma idade mínima para casar, ou “maioridade matrimonial”¹⁷⁸. Esses motivos são:

- um de natureza fisiológica ligada à ideia de cópula como elemento essencial da comunhão matrimonial. O casamento tem como objetivo uma plena comunhão de vida, e apesar da procriação e educação dos filhos não ser um fim essencial do casamento civil, não faria sentido que “se autorizasse o casamento a pessoas sem a maturidade física ou o desenvolvimento fisiológico necessário à plena coabitação entre os cônjuges.”¹⁷⁹;
- um de carácter psicológico, mas ligado ao elemento da vontade. Pois envolvendo o casamento a contração de deveres tão graves (artigos 1671º e seguintes), não faria sentido que se facultasse a realização do matrimónio a quem não possua maturidade psíquica indispensável à plena compreensão do alcance jurídico-social do matrimónio.¹⁸⁰

¹⁷⁶ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 154º...”, ob. cit. p. 585

¹⁷⁷ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...ob. cit. p. 294*. No mesmo sentido *vide* JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família...ob. cit. p. 65*

¹⁷⁸ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...ob. cit. p. 221*. Tendo sempre presente o artigo 1612º CC

¹⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...ob. cit. p. 224*

¹⁸⁰ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...ob. cit. p. 225*

Mas coloca-se a questão, porque não fazer coincidir a maioridade matrimonial com a maioridade legal?

O casamento é um contrato especial, e tem na sua base a união carnal entre os nubentes. E a vontade ou consentimento para casar, como já vimos, é estritamente pessoal, não se admitindo a representação legal para o mesmo. Pelo que será normal permitir a quem compreenda o alcance do casamento e revele maturidade física para o mesmo, a sua realização.¹⁸¹

Qualquer cônjuge com idade inferior a 16 anos, seja qual for o sexo do nubente sofre duma incapacidade de gozo em relação ao casamento. A legitimidade para a ação de anulação de tal casamento e os prazos estão previstos no artigo 1639º e 1643º CC. Com base neste artigos, terá legitimidade para propor a ação ou prosseguir nela os cônjuges ou qualquer parente deles na linha recta ou até ao 4º grau na linha colateral, bem como herdeiros e adotantes dos cônjuges e o MP (artigo 1639º nº 1); o tutor do menor ou curador do inabilitado ou interdito por anomalia psíquica, ou o primeiro cônjuge no caso de bigamia também pode intentar a ação de anulação ou continuá-la (nº 2).¹⁸² Em relação aos prazos há uma distinção a fazer, conforme quem propõe a ação: se a ação é proposta pelo menor, este deverá propô-la até seis meses depois de atingir a maioridade; se a ação proposta for proposta por outras pessoas, esta deverá sê-lo até três anos após a celebração do casamento, mas nunca depois do menor atingir a maioridade (artigo 1643º, nº 1 al. A) CC).

Deve-se referir que esta anulabilidade pode ser sanada, se o menor confirmar o casamento perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, após atingir a maioridade (artigo 1633º, nº 1 al. A) CC).

Impedimentos Impedientes:

5.4.1.2. Falta de Autorização dos Pais ou do Tutor para o Casamento de Menores – artigo 1604º, alínea A) CC.

Este impedimento refere-se aos nubentes menores de 18 anos, mas maiores de 16 anos. Pois como já vimos, os menores têm uma incapacidade de gozo em relação ao

¹⁸¹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...*ob. cit. p. 226

¹⁸² FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*ob. cit. p. 295-296

casamento. Mas após atingir os 16 anos, o nubente apesar de ser menor, já adquire a capacidade de gozo em relação ao casamento. Porém, necessita de autorização dos pais ou tutor para contrair casamento.¹⁸³

O consentimento para o casamento de menores implica sempre a valorização da autorização dos pais, ou do tutor em dois aspetos: a autorização deve ser expressamente concedida pelas pessoas a quem pertence outorgá-la; há exigências rigorosas para a supressão desta falta de autorização pelo conservador.

O Conservador terá que atender a dois requisitos um subjetivo e outro objetivo (artigo 1612º nº 2 CC):¹⁸⁴

- Requisito Subjetivo: o menor tenha suficiente maturidade física ou psíquica
- Requisito Objetivo: a existência de razões ponderosas que justifiquem o casamento

A referida autorização, deve ser concedida pelos progenitores que exerçam responsabilidades parentais ou pelo tutor (artigo 149º nº 1 CRC), antes da celebração do casamento ou no próprio ato de celebração. No caso de consentimento para o casamento antes da celebração do mesmo, este poderá ter uma das formas referidas no artigo 150º nº 1 CRC. Este documento terá que identificar o outro nubente e a modalidade de casamento (artigo 150º nº 2 CRC). No entanto, se o consentimento já tiver sido dado anteriormente, aquando da instauração do processo preliminar de casamento (artigo 149º nº 2 CRC), este documento será junto ao processo. O que parece levantar uma exceção ao Princípio da Atualidade do consentimento (artigo 1617º CC). Quanto ao facto do consentimento não ter sido prestado até à celebração do casamento, deverá o conservador interpelar para o efeito as pessoas que o devem prestar (artigo 155º nº 1 alínea B) CC), que o poderão conceder nessa altura pessoalmente ou através de procurador (artigo 150º nº 3 e 181º alínea D) CRC).

Uma ideia interessante no aspeto da consentimento dos pais ou tutor. É que nada parece impedir que o consentimento dos pais ou do tutor seja dado de forma condicional (exemplo: se o noivo conseguir emprego, aceitando qualquer das colocações que lhe foi

¹⁸³ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família...*ob. cit. p. 65.

¹⁸⁴ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*ob. cit. p. 120-121. Indicando estes autores como exemplo de razões ponderosas a existência de relações sexuais entre os nubentes, com fidelidade de ambas as partes.

oferecida; depois da noiva perfazer 17 anos).¹⁸⁵ Apenas o consentimento do nubente terá que ser puro e simples.

O menor, pode pedir supressão da autorização para casamento quando a mesma lhe seja negada (artigo 255º e ss CRC). Para tal terá que dirigir uma petição ao conservador, esta poderá ser apresentada em qualquer conservatória (artigo 255º CRC). Após ser autuada a petição com os documentos necessários, o conservador cita os pais ou tutor para responderem, no prazo de oito dias (artigo 256º nº 1 CRC). Após a conclusão da instrução, o conservador irá suprir a autorização dos pais ou tutor se, considerar que o menor revela suficiente maturidade física e psíquica e considerar que há razões ponderosas que justifiquem a celebração do casamento (artigo 1612º nº 2 CC e artigo 257º nº 1 CRC). A decisão do conservador (artigo 257º nº 2 CRC) será notificada aos interessados, podendo haver recurso da mesma, para o juiz da comarca (artigo 257º nº 3 CRC).

Se os pais ou o tutor do menor, não consentirem ao seu casamento, e o conservador não suprimir esta falta de consentimento, não obstante, o menor poderá casar. Mas devido à falta de consentimento, existem efeitos do casamento que não se verificam na esfera jurídica do menor. O menor não fica emancipado (artigo nº 132º CC). O menor continua a ser considerado como tal, no que diz respeito à administração dos bens que tenha levado para o casal ou que lhe advenham por título gratuito, até à maioridade (artigo 1649º CC) e dos bens próprios. A administração dos bens próprios por norma seria confiada ao outro cônjuge (artigo 1678º nº 2 al. F) CC), mas neste caso pelas circunstâncias únicas, estes bens manterão-se sob a administração dos pais, tutor ou administrador legal. Mas qualquer rendimentos dos bens próprios serão concedidos ao menor a título de alimentos necessários ao seu estado.

5.4.2. Relativo ao Consentimento

A problemática do casamento forçado recai sobre o consentimento livre¹⁸⁶. E neste âmbito há um vício de vontade¹⁸⁷ que merece análise: Coação Moral

¹⁸⁵ HANS DOLLE, *Familienrecht*, 1964, § 5, II, 1, c) apud ANTUNES VARELA, *Direito da Família...ob. cit. p 248*

¹⁸⁶ *Vide infra* 4.1.2.1. nota 86 que considera que recai sobre o carácter pessoal do consentimento. Porém atendendo ao FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage...ob. cit. p. 7 e 20*; EU FEM ROADMAP, “*Roteiro da UE...ob. cit. 5*, verificamos que o casamento forçado tem a sua problemática assente na liberdade de consentimento

¹⁸⁷ o outro vício de vontade consiste no Erro

5.4.2.1. Coação

A coação está previsto no artigo 1638º CC. Esta consiste no receio ou temor do declarante pela ameaça de um mal, dirigido a si, à sua honra ou património ou mesmo de um terceiro. O receio da consumação da ameaça é que constitui propriamente a coação como vício de vontade. A ameaça é feita para extorquir o consentimento do declarante para o negócio.¹⁸⁸ A ameaça é “o facto de alguém, consciente e ilicitamente, extorquir a declaração do nubente a troco da promessa de o libertar dum mal fortuito ou causado por outrem” (artigo 1638º nº 2 CC)

Manuel de Andrade distingue entre: Coação-Vício ou Moral de Coação Física ou Absoluta:

- A coação física ou absoluta reduz o coacto a um simples autómato. Este transforma-se num instrumento material da vontade do coator. A declaração deixa de ser do violentado passando a ser do violentador.¹⁸⁹ A coação absoluta ou física é base para a anulabilidade do casamento (artigo 1635º alínea C) CC).
- Na coação moral o coacto não fica reduzido à condição de puro autómato. Podendo este não emitir a declaração que se pretende extorquir-lhe.¹⁹⁰ O coacto na coação moral tem sempre uma opção, há sempre uma liberdade, se bem que cerceada.¹⁹¹ Sendo a coação moral a referida quando se fala de coação, disciplinada no artigo 1638º CC.

A coação (moral) supõe um medo ou receio que advém duma ameaça, da cominação dum mal (*metus ab extrínseco*) Já, um *metus ab instrínseco*, que não derive duma ameaça efetiva não constitui coação. Como exemplo disto podemos referir o artigo 255º nº 3 CC “Não constitui coação a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.” A definição do temor reverencial consiste no “temor de desgostar ou mesmo desagradar às pessoas a quem se deve submissão e respeito.”¹⁹² Pelo que segundo o nosso ordenamento, o receio de magoar os pais ou o desejo de lhes fazer a vontade, não demonstra a existência duma coação. Não determinando o temor reverencial

¹⁸⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. cit. p. 284. No mesmo sentido podemos ver DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família...*ob. cit. p. 183

¹⁸⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 219

¹⁹⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 220

¹⁹¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 269

¹⁹² MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*ob. cit. p. 278.

na base da celebração dum casamento, a anulabilidade do mesmo.¹⁹³ Aliás o nosso ordenamento vai ao ponto de não dar relevância ao rapto seguido de casamento, pois apesar da possibilidade do casamento ter sido contraído sob coação, há a possibilidade do raptado/raptada ter prestado livremente o seu consentimento a essa união.¹⁹⁴

Devo mencionar aqui o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-09-2010¹⁹⁵. Neste acórdão verifica-se uma situação de rapto que levou a um casamento contra a vontade da nubente. A nubente em causa teria 11 anos, quando foi raptada de casa por um tio, a companheira deste, e forçada a casar com o seu primo de 17 anos. Após o rapto a menor foi transportada para o acampamento, ficando em casa do tio, companheira e filho destes (primo). A menor foi submetida a um teste de virgindade. E foi celebrado o casamento conforme os ritos ciganos.

Quais as condições gerais de relevância da coação? Estas condições serão exigidas igualmente para o regime do casamento. No regime comum há distinção consoante a coação seja feita pelo outro contraente ou por um terceiro. Mas em relação ao regime do casamento esta distinção entre a origem da coação não é relevante. Pois nos termos do artigo 1638º nº 1 CC será anulável o casamento celebrado sobre coação moral “contanto que seja grave o mal com que o nubente é ilicitamente ameaçado, e justificado o receio da sua consumação.”

¹⁹³ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...* ob. cit. p. 278. No mesmo sentido podemos indicar ANTUNES VARELA, *Direito da Família...* ob. cit. p. 279

¹⁹⁴ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...* ob. cit. p. 285

¹⁹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-09-2010, Processo nº 557/09.0JAPRT.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>

6. Novo Regime Civil de Casamento?

Como vimos da análise do regime penal do casamento forçado, houve um pré e um pós Convenção de Istambul. Com alterações significativas no regime.

Se atentarmos ao regime civilístico verificamos que no CC não se verificaram quaisquer alterações ao regime de casamento com a Convenção de Istambul. O regime existente foi o que se manteve. Tendo em conta que apenas a penalização do casamento forçado não é suficiente para combater o fenómeno serão necessárias medidas para “operacionalizar o consentimento livre, criar salvaguardas para os casamentos contraídos por menores de idade e garantir a oportunidade de requerer a anulabilidade dos casamentos forçados para combater o fenómeno e proteger as suas vítimas”¹⁹⁶. Essas medidas poderão ser, na minha perspetiva, as seguintes:

- A Falta de Idade Nupcial terá que resultar num casamento inexistente

Há um conjunto de legislação internacional a disciplinar a idade nupcial e os efeitos de casamentos celebrados antes dessa idade.¹⁹⁷

A idade nupcial mínima no ordenamento jurídico português é de 16 anos (artigo 1601º al. A) CC). Previamente a essa idade, não há capacidade matrimonial de gozo pois, não se considera que o menor tenha maturidade física e psíquica para celebrar o casamento.¹⁹⁸

Se analisarmos os motivos de surgimento da doutrina da inexistência, como forma de invalidade, verificamos que esta surgiu duma necessidade prática no ordenamento jurídico francês. O código civil francês de 1804, fruto do pensamento liberal da época, procurou reduzir o vasto número de impedimentos que o direito canónico havia fixado para o matrimónio ao longo dos séculos. Com base no mesmo pensamento, a doutrina e jurisprudência francesas criou o dogma que não há no casamento outras nulidades, além das enunciadas na lei: “*Pas de nullité sans texte en matière de mariage*”. Em pouco tempo surgiu a questão, embaraçosa, de saber qual o regime aplicável ao casamento realizado entre duas pessoas do mesmo sexo ou ao casamento efectuado perante pessoa sem

¹⁹⁶ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage...* ob. cit. p. 7 e 20. No mesmo sentido vide EU FEM ROADMAP, “*Roteiro da UE...* ob. cit. p. 8

¹⁹⁷ *Vide supra* 5.2.1.

¹⁹⁸ *Vide supra* 5.4.1.1. nota 177

qualificação necessária para presidir ao ato, uma vez que esses impedimentos não estavam previstos na lei. A doutrina solucionou este problema afirmando que em tais casos, nem sequer havia casamento, porque este era inexistente. Não existindo necessidade de proclamar a sua nulidade através do texto legal.¹⁹⁹

Atualmente a inexistência, já evoluiu de mecanismo de suprimento de lacuna na lei. Para forma de remediar faltas graves à celebração do casamento previstas no artigo 1628º CC.²⁰⁰

Na minha opinião, a falta de idade nupcial será um dos vícios mais graves que poderão afetar um casamento. Sendo óbvio que, sem a idade legal para celebrar um casamento, não haverá o *corpus* do negócio. Não existe a materialidade correspondente à noção do negócio, isto é, os elementos necessários à sua realização. Não se pode celebrar um casamento com quem não tenha maturidade física ou psíquica para tal.

Afigurando-se como mais correto, a aplicação do regime da inexistência nos casos de falta de idade nupcial para o casamento. Pois, com base no artigo 1630º nº 1 CC, tal casamento não produziria qualquer efeito jurídico.

Vejamos a seguinte situação: em Portugal em 1996 foram celebrados casamentos com 701 raparigas de 16 anos, em 2006 esse número passou para 155, em 2016 foram 41. Já no que se refere a rapazes os números para os mesmo período foram respetivamente 35, 7 e 16. Se analisarmos em conjunto o número de rapazes e raparigas emancipados pelo casamento verificamos que há 57 casamentos de jovens com 16 anos em 2016. De notar que o número tem vindo a diminuir, mas ainda é alto. E estes casamentos referem-se a pessoas já com capacidade matrimonial de gozo, isto é já com 16 anos.²⁰¹ Porque os dados não têm em conta menores de 16 anos, pois eles nem sequer teriam capacidade matrimonial de gozo. Pelo que o número poderá ser maior.

Num estudo nacional com incidência sobre a comunidade cigana²⁰² verificamos que a idade de casamento nesta comunidade tende a ser bastante baixa (16 anos mulheres e 18 anos homens) em comparação com a média nacional (32 anos homens e 30 anos mulheres). Sendo que a maioria casou entre os 15 e os 19 anos

¹⁹⁹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família...* ob. cit. p. 285-286

²⁰⁰ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...* ob. cit. p. 157

²⁰¹ disponível em <https://www.ine.pt/> (consultado em 23/01/2018). Os dados apenas compreendem menores até aos 16 anos.

²⁰² Destaco aqui a comunidade cigana essencialmente porque será uma das comunidades étnicas onde se verifica o casamento forçado

(51,9%), entre os 20-24 anos (aproximadamente 18%) entre os 10-14 anos (aproximadamente 17%). Do universo de 1599 inquiridos, 1446 eram casados: 82,8% pela lei cigana, 8,2% pelo casamento civil, 6,3% pelo casamento religioso e 3,9% casamento pela lei cigana e registo civil.²⁰³ Assim poderemos concluir que com base neste estudo, pelo menos 17% de menores, celebraram casamento, sem ter ainda a idade mínima nupcial. Não havendo qualquer forma de declarar o impedimento de falta de idade nupcial, uma vez que deste universo, apenas 18,4% destes viram o seu casamento sujeito a qualquer forma registo²⁰⁴.

Sendo um menor emancipado pelo casamento (artigo 132º CC) coloca-se a questão se, tratando-se dum menor de 16 anos (artigo 1601º al. A CC) ele ficaria emancipado apesar de inicialmente nem ter a capacidade de gozo matrimonial? Tendo por base o regime do casamento putativo (artigo 1647º e 1648º CC).

Com base num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Maio 2017, verificamos que: “I – As medidas de promoção e proteção apenas se aplicam a menores, quer sejam crianças, quer sejam jovens, cessando com a maioridade, a não ser que o jovem que atinge a maioridade e ao qual estivesse a ser aplicada uma medida, peça a sua continuação até atingir os 21 anos; II – Ao menor que passou a ser equiparado a maior pela emancipação, sendo livre de gerir a sua pessoa, não pode ser aplicada medida de promoção e proteção.”²⁰⁵ Pelo que parece que tal seria possível.

Julgo que com base no artigo 25º da CRP, será do interesse do menor de 16 anos, atendendo à sua falta de maturidade física e psíquica e incapacidade para celebrar o casamento, não ficar sujeito a um dos seus efeitos, neste caso a emancipação, através figura do casamento putativo. Uma vez que não estará preparado para reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens. Pelo que, será de considerar a ideia de o impedimento da falta de idade nupcial resultar em vez da anulabilidade, na inexistência do casamento. Devo referir ainda o caso do casamento celebrado por procuração.²⁰⁶ Nestes casos quando cesse os efeitos da procuração ou quando esta não confira poderes especiais para o ato ou não designe expressamente o outro nubente, o casamento

²⁰³ MANUELA MENDES, OLGA MAGANO e PEDRO CANDEIAS, *Estudo Nacional sobre as Comunidades Ciganas*, Alto Comissariado para as Migrações, Lisboa, 2014 p. 178-181

²⁰⁴ de referir que a necessidade dum registo de casamento, é uma das formas de combate ao casamento forçado, tendo em conta o processo preliminar de impedimentos.

²⁰⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-05-2017 Processo 1341/17.3T8MTS.P1, disponível em: <http://www.dgsi.pt>

²⁰⁶ *Vide supra* 4.1.2.1

celebrado será considerado inexistente (artigo 1628º al. D) CC). Apesar de ter existido uma prévia declaração da vontade do constituinte (artigo 1620º CC e artigo 44º CRC). Estes casos equivalem à falta de manifestação de vontade²⁰⁷. Pelo que a falta de idade nupcial, isto é, sujeito sem maturidade física ou psicológica para poder celebrar o casamento, deverá significar o mesmo. Por ultimo será importante referir que esta medida também terá por fundamento o próprio artigo 32º, da Convenção de Istambul, a Convenção sobre o Consentimento para o Casamento, Idade Mínima para o Casamento e Registo de Casamento tal como a Recomendação sobre o mesmo (artigo 2º e Princípio II respetivamente), e a Convenção do Direito das Crianças artigo 19º lido em conjunto com o comentário geral nº 13, ponto 29 do Comité do Direito das Crianças.²⁰⁸

- O consentimento prestado pelos pais ou tutor para o casamento do menor, deve passar pelo confirmação do conservador

O artigo 1877º CC estabelece que “Os menores estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou a emancipação.” A expressão “responsabilidades parentais” foi consagrada com a Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro. Anteriormente o termo utilizado era “poder paternal”. Esta alteração de nomenclatura veio pôr termo ao entendimento da criança como um objeto de posse²⁰⁹, e consagrou o entendimento dos menores como sujeitos de direito, tal como a supremacia da função de cuidado dos pais em relação aos menores, sobre a simples função de representação.²¹⁰ A responsabilidade parental é então entendida como um “poder funcional ou poder dever, ou seja, um poder atribuído pela lei a uma pessoa cujo exercício se encontra vinculado ao interesse duma outra, não podendo ser exercido se, quando e como o seu titular quiser, mas antes terá de ser exercido pelo modo exigido pela sua função.”²¹¹ tendo como limite ao seu exercício o “superior interesse do menor”²¹².

²⁰⁷ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...* ob. cit. p. 158-159

²⁰⁸ *vide supra* 5.2.1

²⁰⁹ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra 2011 p. 17

²¹⁰ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância...* ob. cit. p. 20

²¹¹ ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra 2008 p. 189, nota 426

²¹² HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância...* ob. cit. p. 44 e 69. Esta ideia tem consagração legal como poderemos ver no artigo 1878 “no interesse dos filhos” e na Convenção sobre os Direitos das Crianças, artigo 3º nº 1

O superior interesse do menor é um conceito indeterminado, característico do direito familiar, e de forma resumida poderá se referir ao “estabelecimento das ideias ou das possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de um filho, geradas pela participação responsável, motivada e coordenada de ambos os progenitores, ação essa que garanta a inserção daquele num otimizador e gratificante núcleo de vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua “cidadania social””²¹³.

O exercício das responsabilidades parentais pressupõe com base no artigo 1901º, 1906º e 1911º do CC um exercício conjunto das mesmas quer durante o casamento, durante as situações análogas ao casamento. Quer, em princípio, após o divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de inexistência ou anulabilidade do casamento, quanto às questões de particular importância. O mesmo se verifica quanto aos casos de cessação de convivência nas situações análogas às dos cônjuges, quando haja uma filiação estabelecida em relação a ambos os progenitores e não vivam nem nunca viveram em situações análogas às dos cônjuges, e no caso de separação de facto entre os pais (artigo 1912º CC).

A “Questão de Particular Importância” é também um conceito indeterminado, mas há autores que avançam com uma possível definição, sendo estas as “questões existenciais graves, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos do filho, as questões centrais e fundamentais para o seu desenvolvimento, segurança, saúde, educação e formação, todos os atos que se relacionem com o seu futuro, a avaliar em concreto e em função das suas circunstâncias.”²¹⁴ ou como refere outro autor, serão “o conjunto dos atos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos.”²¹⁵ O casamento é um ato de particular importância, pois compreende uma mudança significativa no futuro do menor. Com o casamento o menor fica emancipado.²¹⁶ (artigo 132º CC)

²¹³ HUGHES FULCHIRON apud HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *A Criança e a Família – uma Questão de Direitos*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2014 p. 178

²¹⁴ TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico atual*, 3ª Edição, Quid Iuris?, Lisboa 2011 p. 165

²¹⁵ HELENA GOMES DE MELO, et alii, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª Edição, Quid Iuris?, Lisboa 2010 p. 142

²¹⁶ HELENA GOMES DE MELO, et alii, *Poder Paternal...* ob. cit. p. 150; No mesmo sentido podemos ver HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *A Criança e a Família...* ob. cit. p. 196 nota 24; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Almedina, 2016 p.185

Mas surge a questão de saber, o que fazer quando numa questão de particular importância, os pais não consigam chegar a um acordo?

Quando os pais não estejam de acordo no que se refere a questões de particular importância, o tribunal intervém de forma decidir, de acordo com os interesses do menor. Tentando sempre fazer os pais chegarem a um consenso. O juiz deve em primeiro lugar tentar a conciliação dos progenitores do menor. Caso tal não seja possível, o juiz irá ouvir o menor, a não ser que circunstâncias ponderosas o desaconselhem, e então decidirá (artigo 1901º nº 3 CC). Ou seja, será aos pais que cabe sempre decidir sobre as questões de particular importância, sendo a intervenção do tribunal apenas subsidiária e excepcional.²¹⁷

Mas isto levanta dois problemas na nossa óptica:

O que fazer se nenhuma das diferentes pretensões dos pais salvaguardar o interesse do menor?

Aqui o Juiz poderá decidir em sentido diferente das propostas, protegendo o superior interesse do menor.²¹⁸ No entanto, é necessário haver uma salvaguarda de forma ao juiz não impor a sua concepção pessoal de interesse do menor, aos pais, respeitando o artigo 36º nº 5 da CRP. Esta salvaguarda consiste no poder do juiz, só conseguir afastar as soluções dos progenitores quando estas infringam culposamente os deveres para com os filhos, ou quando por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres (artigo 1915º CC), ou mesmo quando a conduta dos progenitores, apesar de não constituir fundamento de inibição do exercício das responsabilidades parentais, colocar em perigo a segurança, saúde, formação moral ou educação do filho (artigo 1918º CC).²¹⁹

O que fazer se os pais estiverem de acordo numa questão de particular importância e a solução não tiver em conta o interesse superior do menor?

Aqui o juiz não poderia ser chamado a intervir, porque haveria um acordo no exercício das responsabilidades parentais. Ficando o superior interesse do menor desprotegido.²²⁰

²¹⁷ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância...*ob. cit. p. 133; No mesmo sentido *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício...*ob. cit. p. 327

²¹⁸ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício...*p. 325

²¹⁹ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância...*ob. cit. p. 134, referindo-se este autor apenas ao artigo 1918º CC.

²²⁰ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância...*ob. cit. p. 135-136

Pelo que, na minha opinião, o conservador ao obter o consentimento dos pais para o casamento do menor de idade, deve entrevistar o menor, conforme a *ratio legis* do artigo 1901º n.º 3 CC e o próprio artigo 12º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, tentando determinar a sua vontade sobre a celebração o casamento²²¹. Tendo como base o livre desenvolvimento da personalidade do menor (artigo 26º CRP) e a própria proteção da instituição do casamento (artigo 36º CRP), se houver um fundado receio de que o exercício das responsabilidades parentais foi em detrimento do interesse do menor, o conservador deverá recusar-se a celebrar o casamento.

- A Coação Moral deve compreender o Temor Reverencial

A Coação Moral, como vimos, distingue-se da Coação Física, por não reduzir o coato a um autómato²²². O Coato na Coação Moral terá sempre liberdade de decisão, ou seja, pode não emitir a declaração negocial para o qual é coagido. O legislador apenas considera Coação Moral aquela que advém duma ameaça efetiva (*metus ab extrínseco*) e não a que advenha dum *metus ab intrínseco*, rejeitando qualquer conformação da vontade que seja interna ao sujeito. Na minha opinião, isto consiste numa falha grave no combate ao casamento forçado. Se atentarmos ao relatório de Sigma Huda²²³ verificamos que esta afirma que uma pressão desmesurada ou qualquer forma de manipulação sobre o coato, criando neste a ideia que a sua recusa de emitir determinada declaração negocial irá afetar, a posição social da sua família ou desonrar os progenitores, condiciona fortemente a formação da sua vontade interna. Podendo chegar ao ponto deste não ver qualquer alternativa à emissão da declaração negocial, anulando a liberdade característica da coação moral. É de referir que o próprio relatório da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia indica entre os vários motivos de casamento forçado a honra e a pressão familiar.²²⁴ Pelo que, se afigura necessário, na minha opinião, uma alteração na legislação compreendendo os efeitos que o temor reverencial, poderá ter na conformação da vontade do coato. Devendo a

²²¹ EU FEM ROADMAP, “Roteiro da UE...ob. cit. p. 28-29

²²² *Vide supra* 5.4.2.1.

²²³ SIGMA HUDA, *Report of the special rapporteur...*ob. cit. p 10

²²⁴ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU...*ob. cit. p. 16; no mesmo sentido *vide* EU FEM ROADMAP, “Roteiro da UE...ob. cit. p. 10

Coação Moral compreender o temor reverencial, pois só assim poderá haver um efetivo combate ao casamento forçado.²²⁵

- O prazo e a legitimidade para a ação de anulabilidade do casamento, com base em vício da vontade deve ser maior. O caso da coação moral.

Com base no artigo 1645º CC, uma ação de anulabilidade teria que ser instaurada no prazo de seis meses após a cessação do vício. Um prazo que me parece demasiado limitado, pois tendo em conta a definição de coação, a partir do momento em se realiza a declaração negocial, termina a coação pois cessa o motivo da sua existência. No nosso caso após a celebração do casamento o coato teria apenas seis meses para intentar a ação de anulação. É preciso recordar que poderemos estar a falar de menores de idade (nubentes com mais de 16 anos e menos de 18 anos), que após a celebração do casamento ficam emancipados, mas sem maturidade correspondente a esse estatuto.²²⁶ Por vezes no caso da vítima esta poderá se libertar duma relação abusiva com os pais ou tutor para voltar a entrar noutra relação abusiva, desta vez com o cônjuge.²²⁷ Além de que se atendermos ao artigo 4º nº 3 e 58º da Convenção de Istambul, não nos parece que seis meses será um prazo ideal para a efetivação da proteção do cônjuge sujeito a coação atendendo à gravidade da situação, sacrificando o legislador, na nossa opinião, a proteção da vítima pela “necessidade de certeza e segurança que o casamento reclama”²²⁸

Quanto à legitimidade para a ação de anulação, esta pertenceria apenas ao cônjuge vítima do erro ou da coação (artigo 1641º CC), podendo nele prosseguir, “os seus parentes, afins em linha recta, herdeiros ou adoptantes, se o autor falecer na pendência da causa.” Tendo em conta o estipulado no artigo 18º nº 4, 27º, 28º e 55º Convenção de Istambul e no próprio artigo 154º-B CP que consagra a natureza pública do crime de casamento forçado tendo como objetivo a prevenção geral da conduta, dissuasão dos agentes e maior proteção das vítimas. Parece-nos que será justificável um alargamento da legitimidade à ação de anulação com base em vícios da vontade. Além de que é necessário referir que, caso não se verifique este alargamento da legitimidade

²²⁵ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU...* ob. cit. p. 18

²²⁶ *Vide supra* 5.2.1. definição de casamento precoce

²²⁷ FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU...* ob. cit. p. 9

²²⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...* ob. cit. p. 357-358

da ação, poderia transmitir a ideia de que os atos em questão não são tão graves quanto isso.²²⁹

Como nota adicional devemos recordar²³⁰ que, o CP antes da Lei nº 83/2015, de 5 de Agosto, ou seja, quando o crime de casamento forçado estaria compreendido pelo crime geral da Coação (artigo 154º CP), se o facto tivesse lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adoptantes e adoptado, ou entre pessoas que vivessem em situação análoga à dos cônjuges, o procedimento criminal dependia de queixa, a não ser que estivéssemos perante uma situação de coação agravada (artigo 155º CP). Isto verificava-se em nome do “interesse institucional em não afetar a comunidade familiar ou coabitacional de que partilham o infractor e a vítima, deixando ao critério desta, ou das pessoas indicadas no art. 113º-2 e 4 (no caso de a pessoa ofendida ter menos de 16 anos ou ser inimputável), a decisão de desencadear, ou não, a ação penal.”²³¹ O problema reside aqui no facto, que muitos casos de casamento forçado os responsáveis pela coação são os próprios membros da família da vítima.²³²

Com a Lei nº 83/2015, de 5 de Agosto e o artigo 55º da Convenção de Istambul foi consagrado a natureza pública do crime de casamento forçado. Pelo que, em consonância com esta ideia o prazo e legitimidade da ação de anulação com base em vício da vontade, deve ser alargado.

²²⁹ MARIA BEATRIZ PACHECO, “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenador Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Universidade Católica Editora, Porto, Fevereiro 2016 p. 181

²³⁰ *vide supra* 5.3.2

²³¹ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 154º...”, ob. cit. p. 585-586

²³² FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU...* ob. cit. p. 14

7. Conclusão

O casamento forçado como vimos não pode apenas ser combatido com base na penalização. Há vantagens à penalização da conduta como a cumulação de penas que pode surgir daí e o empoderamento que confere às vítimas das vítimas. Mas no entanto não é suficiente. O combate ao fenómeno tem que passar necessariamente pelo regime de casamento do CC e do CRC. São necessárias a aplicação de medidas para garantir o consentimento do sujeito é sempre prestado de forma livre, para evitar que haja um abuso da falta de experiência e imaturidade dos nubentes jovens e que haja uma verdadeira forma de invalidar os referidos casamentos. Julgo que a adoção das medidas indicadas, resultaria num decréscimo do fenómeno do casamento forçado, tal como numa sociedade com menor violência contra as mulheres e violência doméstica.

Bibliografia:

- FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Luxemburgo, 2014
- COELHO, FRANCISCO PEREIRA E OLIVEIRA, GUILHERME DE *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra 2016
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE E VARELA, JOÃO DE MATOS *Código Civil Anotado*, Volume IV, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1992
- AMARAL, JORGE AUGUSTO PAIS DE *Direito da Família e das Sucessões*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016
- VARELA, JOÃO DE MATOS, *Direito da Família*, 1º Volume, 5ª Edição Livraria Petrony, Lisboa 1999
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2005
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 7ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 1992
- ALBUQUERQUE, PEDRO DE *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Direção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1986
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES *Direito das Obrigações*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1980
- VARELA, JOÃO DE MATOS, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra 2013
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE E CAMPOS, MÓNICA MARTINEZ DE *Lições de Direito da Família*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016
- ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil – Reais*, 5ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2012

- ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Editorial Minerva, Lisboa 1968
- FALCÃO, MARTA; SEARA, MIGUEL DINIS PESTANA; TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO *Direito da Família, da Teoria à Prática*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE, *O Casamento Putativo no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra 1929
- UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN, “*Like a Bird with Broken Wings*”, *Afghan Women Oral History*, 1978-2008 UN Women, Cabul, 2013
- SUSANNA GREIJER, JAAP DOEK, *Terminology guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse*, Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children, Luxemburgo
- ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA, Resolução 1468 (2005), *Forced Marriages and Child Marriages*
- ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA, Doc. 14115 (29 Junho 2016), *Addressing Forced Marriage: legal provisions and promising practices*
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género, *EX AEQUO*, Nº 31, p. 105-121
- MONTE, MÁRIO FERREIRA “Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos tempos, Novos Crimes...”, *Comentários à Margem da Lei 83/2015, de 5 de Agosto, Julgar*, nº 28 (2016)
- UNITED NATIONS POPULATIONS FUND (UNFPA), “*Marrying too Young, end child marriage*”, Nova Iorque, 2012
- REPORT OF THE OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Preventing and eliminating child, early and forced marriage*, 2014
- JOINT GENERAL RECOMMENDATION Nº 31 OF THE COMMITTEE ON ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMAN/GENERAL COMMENT Nº 18 OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD ON HARMFUL PRACTICES

- SIGMA HUDA, *Report of the special rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children*, Human Rights Council, Fourth Session, 24/01/2007
- COMISSÃO EUROPEIA, *Glossário de Migração e Asilo, uma ferramenta para a melhoria da comparabilidade*, Rede Europeia de Migrações 2012
- GROUP OF EXPERTSON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), *6th General Report on GRETA's Activities, Covering the period from 1 January to 31 December 2016*, Março 2017
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nova Iorque, 2016
- EUROPEAN INSTITUTE FOR CRIME PREVENTION AND CONTROL, AFFILIATED WITH THE UNITED NATIONS (HEUNI), *Exploitive Sham marriages: exploring the links between human trafficking and sham marriages* (policy paper), Helsínquia
- GUIA, MARIA JOÃO, *O Casamento e o tráfico de Seres Humanos: uma Ameaça Premente?*, Atas do 3º Congresso de Investigação Criminal, 2015
- SERVIÇO DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRAS, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016*
- EARLY WARNING NOTIFICATION, *Marriages of Convenience: a link between facilitation of illegal immigration and THB*, Haia 2014
- ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO FAMILIAR, *violência sexual e de género, casamentos forçados*
- MOSCHETTI, CAROLE OLIVE, *Conjugal wrongs don't make rights: international feminist activism child marriage and sexual relativism*. PhD Thesis, Faculty of Arts, Political Science, Criminology and Sociology, The University of Melbourne, 2005
- EU FEM ROADMAP, "Roteiro da UE para a referenciação sobre o casamento forçado/precoce para profissionais de 1ª linha"
- CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE "Artigo 154^o", in *Comentário Conimbricense do Código penal: Parte Especial*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição, Universidade Católica Portuguesa, 2015
- MENDES, MANUELA; MAGANO, OLGA e CANDEIAS, PEDRO, *Estudo Nacional sobre as Comunidades Ciganas*, Alto Comissariado para as Migrações, Lisboa, 2014
- RODRIGUES, HUGO MANUEL LEITE *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra Editora, Coimbra 2011
- MARTINS, ROSA *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra 2008
- BOLIEIRO, HELENA/ GUERRA, PAULO A Criança e a Família – uma Questão de Direitos, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra
- RAMIÃO, TOMÉ D'ALMEIDA O divórcio e questões conexas: regime jurídico atual, 3ª Edição, Quid Iuris?, Lisboa 2011
- MELO, HELENA GOMES DE et alii, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2ª Edição, Quid Iuris?, Lisboa 2010
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª Edição, Almedina, Coimbra 2016
- PACHECO, MARIA BEATRIZ “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenador Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Universidade Católica Editora, Porto, Fevereiro 2016 p. 181

Jurisprudência:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03-04-2017 , Processo 49/14.6T9BRG.G1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-02-2006, Processo 3127/05

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 07-01-2009, Processo nº 0816766
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-09-2010, Processo 557/09.0JAPRT.C1

Outros:

- Parecer Pº CC 59/2012 SJC-CT de 24 de Janeiro de 2013 do Instituto de Registos e Notariado