



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

A FAMÍLIA DAS CRIANÇAS NA SEPARAÇÃO DOS PAIS
A Guarda Compartilhada, o Conflito e o Abandono Parental

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade em Ciências Jurídicas

Autor: Joaquim Manuel da Silva

Orientador: Prof. Doutora Stela Barbas

Outubro de 2015

Lisboa

Porque os pais merecem tomar conhecimento de qualquer comportamento anômalo que possa vir a dificultar a educação dos filhos.

BRAZELTON, T. Barry

Ao meu pai, sempre presente.
À minha família.

Os meus agradecimentos a todos os professores, colegas e formadores do CEJ, funcionários, pais e filhos, que contribuíram para o que sou, e neste trabalho em especial ao apoio e disponibilidade da minha orientadora,
Prof. Dr.^a Stela Barbas

ABREVIATURAS

AC	Acórdão
CC	Código Civil atual, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25 de novembro, alterado até à Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro
CC1867	Código Civil de 1867
CC66	Código Civil, aprovado pelo DL 47344, de 25 de novembro de 1966
CC77	Código Civil, alterado até ao DL 496/77, de 25 de novembro
CDC	Convenção dos Direitos da Crianças aprovada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral nas Nações Unidas
CEE	Comunidade Económica Europeia
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CP	Código Penal, aprovado pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, alterado até à Lei n.º 110/2015, de 26 de agosto
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CP1852	Código Penal de 1852
CP1886	Código Penal de 1886
CPC	Código Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, alterado até à Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro
CRP	Constituição da República Portuguesa, aprovado pelo Decreto de 10 de abril de 1976, alterada até à Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto
CRP33	Constituição da República Portuguesa de 1933
DL	Decreto-Lei
ECJ	Equipas de Crianças e Jovens do Instituto de Segurança Social
FDL	Faculdade de Direito de Lisboa
FGADM	Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, aprovado a pela Lei 75/98, de 19 de novembro, alterado até Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei 147/99, de 1 de Setembro, alterada até à Lei n.º 142/2015, de 08 de setembro
LTE	Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei 166/99, de 14 de setembro, alterada até à Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro
OTM	Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo DL 314/78, de 27 de outubro, alterada até à Lei n.º 31/2003, de 22/08; revogada pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei 141/2015 de 8 de setembro
UE	União Europeia
TC	Tribunal Constitucional
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TRE	Tribunal da Relação de Évora
SAP	Síndrome de alienação parental
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO

Este trabalho parte de uma experiência vivida como Juiz de Direito nos Tribunais portugueses, no essencial, na jurisdição especializada de Família e Menores desde 2005, e em concreto na área das responsabilidades parentais, onde se assiste a um clima de permanente disputa em torno e pelos filhos, que os reconduz à condição de objeto do processo, e que expressa bem o fim da sua família, tudo com importantes consequências negativas no seu desenvolvimento e saúde. Com um conjunto de paradigmas sobre a matéria substantiva e processual, os casos, e em especial a partir das declarações das crianças, na procura de respostas para esta realidade, nasceram paradoxos, que determinaram o afastamento de um conjunto de princípios, tais como o da ‘preferência maternal para crianças de tenra idade’ e a ‘pessoa de referência’, afinal estereótipos, que visam escolher um dos pais (normalmente a mãe) em detrimento do outro, e não na construção de soluções de partilha de responsabilidades.

Na construção de um novo paradigma, o processo, consensual, oral, simplificado, e com intervenção das crianças, foi assumido como caminho para a (re) construção da família das crianças, como espaço de crescimento pessoal e de ajustamento, colocando os pais em igualdade, sem estereótipos, elevando a criança à condição de pessoa com direito a ter pai e mãe na sua vida, e com o objetivo de ultrapassar os conflitos e abandonos parentais.

Nesse caminho, a guarda compartilhada assume-se como essencial, partindo-se de uma posição pessoal como Juiz de rejeição da figura, para a sua consagração como o melhor dos regimes, mesmo quando existem conflitos ou abandonos, onde é usado como um dos meios para os ultrapassar, solução construída através dos casos concretos tramitados, e depois aprofundada pelos conhecimentos interdisciplinares.

Será por força da construção desses ambientes empáticos e com vinculação segura a ambos os pais que a criança manterá a sua família parental, numa relação tripartida, e efetuará assim um desenvolvimento de acordo com o seu superior interesse.

Palavras-chave: Responsabilidades parentais. Pessoa de referência. Preferência maternal. Conceitos indeterminados. Superior interesse da criança. Processo voluntário. Simplificação processual. Princípio da oralidade. Audição da criança. Vinculação. Paradigma emocional. Conflito e abandono parental. Guarda exclusiva. Guarda conjunta. Guarda Alternada. Guarda compartilhada. Família parental. Relação tripartida.

ABSTRACT

This work is based on our own experience as a Judge of law in the Portuguese Courts, essentially, in the Juvenile and Family Court since 2005, and more specifically in the parental responsibilities area, where we can see a permanent fight around and for the children, which takes them to be seen as a mere object in the whole process, which also expresses very well the end of their family, with major negative consequences in their growth and in their health. With a set of paradigms about the substantive and procedural law, the legal processes, and specially from the children statements, in the search for answers to this reality, emerged some paradoxes, that determined my distance from a set of principles such as the principle of ‘the maternal preference in very small children’ and the ‘primary caretaker’, after all just stereotypes, with the goal of choosing one of the parents (most of the times the mother) over the other, and not with the goal of developing solutions of shared responsibilities.

In the development of a new paradigm, the legal process, consensual, oral, simplified and with the children intervention, was taken as the correct way to (re)build the children’s family, as a space for personal growth and adjustment, placing both parents in equal rights, without stereotypes, seeing the child as a person who has the right to have the father and the mother in his/her life, in order to overcome the parental conflicts and the abandoned children.

On this journey, the joint custody takes a fundamental place, starting with our personal position as a Judge by rejecting the joint custody to finally establish it as the best of all regimes, even when there are conflicts and abandonments, the joint custody is known as one of the best options to overcome these problems, this solution was built through the cases expedited and then developed by interdisciplinary knowledge.

Only by the development of these emphatic environments and by the safe attachment to both parents is possible to the child to maintain his/her parental family, in a relationship triangle, which will give him/her the possibility to have the right development based on his/her best interests.

Key words: Parental responsibilities. Primary caretaker. Maternal preference. Indeterminate legal concepts. Best interests of the child. Voluntary process. Procedural simplification. Orality principle. Child's hearing. Safe attachment. Emotional paradigm. Conflict and Abandoned children. Sole care custody. Joint custody. Alternate custody. Shared custody. Parental family. Relationship triangle.

Índice:

Abreviaturas.....	3
Resumo	4
Índice de casos tramitados em Tribunal	8
INTRODUÇÃO	9
I. A FAMÍLIA DAS CRIANÇAS, BREVE REFLEXÃO AO LONGO DA HISTÓRIA.....	14
1. Introdução	14
2. A família na cidade da Grécia Antiga.....	18
3. A família patriarcal romana	19
4. A família comunitária Medieval e Moderna do Antigo Regime	20
5. A família nuclear da sociedade industrial.....	22
6. A família ocidental democrática e da informação	27
7. A família portuguesa e das crianças no século XXI	31
a) Breve nota sobre a evolução do direito constitucional familiar atual.....	31
b) Tendências da evolução familiar e social da sociedade portuguesa ..	32
II. A REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	36
1. Conceito civilista e familiar	36
2. Natureza jurídica.....	38
3. Conteúdo e conceitos	39
4. Breves notas sobre a evolução da recente história do regime constitucional e da lei ordinária do poder paternal/responsabilidades parentais em Portugal.....	41
III. O PROBLEMA DOS CRITÉRIOS ATUAIS NA FIXAÇÃO JUDICIAL DO REGIME DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	45
1. Introdução	45

2.	Critérios legais	46
3.	Os conceitos indeterminados e o superior interesse da criança	49
4.	Alguns critérios doutriniais, sociais e culturais que têm sido assumidos na jurisprudência: génese e crítica dos mesmos	51
a)	Introdução	51
b)	A ‘preferência maternal’ para cuidar de crianças de tenra idade e a desqualificação do pai	53
c)	A ‘pessoa de referência’ como presunção judicial na atribuição da guarda/residência.....	59
d)	A violência doméstica, os abusos sexuais e a luta de géneros nas responsabilidades parentais	63
5.	O processo tutelar cível (OTM)	67
6.	Os critérios jurisprudenciais e doutriniais na admissibilidade da guarda compartilhada	70
7.	O paradoxo do modelo vigente: a separação dos pais, os conflitos e a ausência da família da criança	73
IV.	UM NOVO PARADIGMA: ALGUNS CONTRIBUTOS DO CONHECIMENTO INTERDISCIPLINAR PARA O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA	74
1.	Introdução	74
2.	Alguns contributos da antropologia, da psicologia e da física	75
3.	Contributos da filosofia e da física: o paradigma materialista e o ativismo quântico.....	77
4.	Contributos da neurociência: o cérebro trino e a emoção.....	79
5.	Contributos da psicologia: a vinculação e os estádios de desenvolvimento da criança	81
6.	Os efeitos das experiências adversas no desenvolvimento da criança..	85
V.	UM NOVO PARADIGMA: QUE REGIME PROCESSUAL E SUBSTANTIVO DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	94

1.	Introdução	94
2.	Que processo tutelar cível nas responsabilidades parentais: uma experiência jurisprudencial.....	95
a)	A nossa experiência jurisprudencial.....	95
b)	O paradigma do novo processo tutelar cível	104
c)	Que Juiz, Procurador e Advogado na jurisdição de Família e Menores.....	107
3.	Da residência exclusiva à alternada: uma experiência jurisprudencial	108
a)	Introdução	108
b)	Conceitos e tipos de residência alternada.....	108
c)	O paradoxo e novo paradigma nascido a partir do contacto com casos	110
d)	Enquadramento teórico retirado da experiência.....	117
e)	O que dizem alguns dos estudos da área da psicologia sobre as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada	121
4.	Superior interesse da criança: que preenchimento dos atuais critérios legais para a (re) construção da família da criança.....	122
a)	Algumas notas sobre o preenchimento dos critérios legais	122
b)	A necessidade da criança de uma relação tripartida: o casal parental.....	127
	CONCLUSÕES	127
	Bibliografia	133