



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**O INSTITUTO DO PODER PATERNAL,
EM CASOS DE RUTURA CONJUGAL:**

**Para uma Discussão da Viabilidade Prática do Exercício Conjunto das
Responsabilidades Parentais, na Perspetiva do Interesse do Menor**

Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito,
especialidade em Ciências Jurídico-Processuais

Mestranda: Jandira Patrícia António Neto

Orientadora: Mestre Alice Feiteira

Julho, 2014

Lisboa

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	5
SIGLAS E ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO.....	7
I PARTE	10
RESPONSABILIDADE PARENTAL	10
CAPÍTULO I.....	10
O PODER PATERNAL E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	10
1. O poder paternal.....	10
1.1. Noção, natureza e conteúdo do poder paternal	10
2. A responsabilidade parental	16
2.1. Noção e natureza jurídica das responsabilidades parentais	16
2.2. A substituição nominal do conceito de poder paternal por responsabilidades parentais: interpretação extensiva do art.º 3.º, n.º2 da Lei n.º61/2008, de 31 de outubro	25
2.3. Evolução legal rumo à igualdade entre progenitores	27
2.3.1. Da versão original do Código Civil de 1967 à reforma de 1977	27
2.3.2. Da eliminação da presunção legal do art.º 1911.º do Código Civil à reforma de 2008.....	33
2.3.3. Exercício conjunto das responsabilidades parentais: evolução, pressupostos e análise crítica	38
CAPÍTULO II.....	49
CONJUGALIDADE E CONFLITOS: O PROCESSO DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	49
1.O critério legal de decisão em matéria da residência da criança e direitos de visita... 49	
1.1.Forma de processo e modalidades de atribuição da residência	49
1.2. A mediação familiar	53

1.3.A posição jurídica do progenitor a quem a criança não foi confiada	55
1.3.1. O direito de visita e sua tutela	55
1.4. Obrigação de alimentos	61
1.4. A Alienação parental	71
III PARTE	76
CAPÍTULO I: PROBLEMATIZAÇÃO DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS	76
1.Debate de algumas soluções quando o desenvolvimento das crianças não é possível junto da família biológica	76
2.As situações de crise familiar e as necessidades dos menores	81
2.1.Impacto da separação e divórcio nos filhos.....	81
Conclusões.....	83
BIBLIOGRAFIA	89

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, especialmente à minha mãe Rosária de Fátima Luís António Neto e à minha irmã Cláudia Yokana Luís António Neto pela força, incentivo e amor inesgotáveis que me têm dado ao longo desta trajetória académica.

Aos meus amigos e colegas, pela colaboração, carinho e companheirismo demonstrados.

De uma forma especial, à minha Professora Alice Feiteira, pessoa íntegra e que sempre apoiou de modo incondicional os objetivos deste estudo, sempre disponível na imprescindível ajuda, dedicação e apoio.

Eis-me grata igualmente a todos aqueles que ainda lutam comigo no dia-a-dia, não podendo esquecer aqueles que, mesmo depois da sua partida, continuaram nos meus pensamentos, pelo que *in memoriam* lhes estou grata, crendo que nunca será tarde para demonstrar o meu afeto e gratidão.

Gostaria, assim, de agradecer de um modo sincero a todas as pessoas, que acreditaram no bom resultado final deste trabalho de investigação, não podendo esquecer uma palavra de gratidão aos colegas pela disponibilidade com que responderam às minhas dúvidas num processo de permuta de ideias sempre enriquecedora.

RESUMO

Atualmente o divórcio tem sido um instituto cada vez mais presente na sociedade contemporânea na qual proliferam multímodos processos de desinstitucionalização da família, acarretando o declínio, ou melhor, a mudança de paradigmas das estruturas familiares. Este estudo, visa, por um lado, proceder a uma contextualização dos fenómenos de ruturas conjugais e, por outro, e sobremaneira, dar conta das consequências das mesmas ao nível das responsabilidades parentais, especialmente com o escopo indeclinável de acautelar o superior interesse das crianças, afinal aquelas que estarão sempre em situação mais vulnerável quando as referências familiares se desmoronam, incumbindo ao direito encontrar as melhores soluções para assegurar o pleno desenvolvimento dos menores que enfrentam tais situações de ruturas conjugais.

Palavras-chave: rutura conjugal; responsabilidades parentais; regulação do poder paternal: guarda dos menores.

ABSTRACT

Currently divorce has been an institute increasingly present in contemporary society in which proliferate multimode processes of deinstitutionalization of the family, leading to the decline, or rather, to the change of the paradigm concerning family structures. This study aims, on the one hand, the contextualization of the phenomenon of marital disruptions and, on the other hand, to evidence its consequences in the parental responsibilities, especially with the undeniable scope of safeguarding the best interests of children, who are always most vulnerable when family references crumble, leaving it to the right to find the best solutions to ensure the full development of children, who face such situations of marital disruptions.

Keywords: marital rupture; parental responsibilities, parental responsibility: children's custody.

SIGLAS E ABREVIATURAS

al. – Alínea

art.(s.) – Artigo (s)

CC- Código Civil Português

CP- Código Penal

CPP – Código do Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

MP- Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

ss. - seguintes

INTRODUÇÃO

Durante a minha formação em Direito, e, após algum tempo de reflexão, fui desenvolvendo um interesse particular pelo instituto do poder paternal – sendo preferível, como enfatizarei ao longo do estudo, o termo de responsabilidades parentais - em casos de rutura conjugal.

A possibilidade de fazer o mestrado em Direito no âmbito jurídico-processual, apresentou-se, assim, como um contexto adequado para aprofundar esta temática e procurar dar um humílimo contributo para o entendimento de algumas das suas características e consequências.

O tema que norteará esta investigação é o seguinte: o *instituto do poder paternal, em casos de rutura conjugal: discussão da viabilidade prática do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na perspectiva do interesse do menor*.

Para o seu desenvolvimento, há que clarificar o elenco das responsabilidades parentais na defesa do superior interesse dos filhos que não pode deixar de ser prevaiente designadamente aquando da emergência das ruturas conjugais.

Por outro lado, outro assunto a que não deixarei de dar destaque, diz respeito ao facto de a discórdia entre os cônjuges afetar consideravelmente os filhos menores, o que faz com que, devido à rutura das relações entre os pais, os filhos sofram, apesar de serem quem não tem culpa e aqueles com menor estrutura emocional para suportar uma situação de permanente conflito. É neste âmbito que abordarei a questão da alienação parental, a que alguma doutrina e também jurisprudência têm conferido um interesse crescente. Com efeito, o divórcio determina sempre mudanças importantes no quotidiano da criança, gerando insegurança e fragilidades.

Em termos de contextualização, não deixarei de evidenciar o lastro diacrónico da evolução da proteção dos interesses dos menores, porquanto, durante muitos anos, verificou-se uma irrelevância social – e correlativamente uma diminuta evolução jurídica- sobre esta matéria atinente aos menores e os poderes atribuídos aos pais acabavam por não dar tanta prioridade ao menor fazendo com que recaísse todo o benefício sobre os pais. Ora, a maior relevância do interesse concentrado nos menores

irrompe sobretudo no século XX, em que as responsabilidades parentais se foram dirigindo, gradualmente, aos menores.

Com o aparecimento do divórcio (mérito legislativo da I República, e passo importante face ao Código de Seabra) surge, correlativamente, a ideia de guarda do menor e, neste contexto, devem ser tidas em conta duas vertentes: jurídica e emocional do menor, apresentando-se como problemáticas concêntricas. Uma facticidade a que o próprio Direito não é indiferente ao mostrar-se permissivo da interdisciplinaridade que é tão tão profíqua numa situação tão delicada. O primeiro aspeto está relacionado com o acordo entre os pais e a ponderação do juiz e o segundo liga-se à dimensão emotiva do menor, à sua vinculação relativamente aos pais, visto que o menor será diretamente afetado pela consensualidade promovida entre os adultos, o que confere relevância ao princípio do melhor interesse do menor como norteador do acordo de guarda, bem como dos modelos de guarda que permitam a convivência com ambos os progenitores e garantam aos pais a participação mútua nas decisões que envolvem o desenvolvimento e a educação dos filhos(as).

Tem-se contudo a consciência da dificuldade de uma investigação exaustiva que não constitui o escopo deste estudo. Não obstante, acredito que este trabalho possa dar um contributo útil para o esclarecimento da temática em causa bem como dos diversos problemas com ela necessariamente conexions. Assim, concebo a reflexão veiculada por este estudo também como repto a uma co-reflexão, a reflexões outras, numa matéria tão nuclear do Direito da Família e tão candente na sociedade atual.

Como procurarei refletir ao longo deste estudo, a família, enquanto organização basilar da sociedade, carece de uma peculiar atenção, mormente se levarmos em consideração a situação de disfunção familiar. Com esta, a composição da vida familiar é fortemente modificada, havendo, assim, que perceber as várias possibilidades da nova estrutura familiar no que concerne à proteção dos menores.

Daí que, qualquer que possa vir a ser a modalidade de exercício da parentalidade - conquanto procuraremos defender como modelo ideal a guarda conjunta - o superior interesse dos filhos/as deve ser sempre privilegiado, havendo que procurar as melhores soluções para que as condições psicológicas, materiais, sociais e afetivas das crianças sejam acauteladas quando as situações de rutura dos progenitores ocorrem, devendo,

pois, a criança continuar a desenvolver-se num núcleo de vida familiar saudável, nomeadamente da perspetiva da sua proteção e da sua educação, bem como de um abrangente relacionamento direto com os seus progenitores.

Um dos traços da passagem do conceito de poder paternal para o de responsabilidade parentais- a que concederei especial atenção na I Parte deste estudo – encontra-se na necessidade de diferenciar a relação parental da relação conjugal, rumando-se, assim, em direção à continuidade da relação parental após a dissolução conjugal: as relações paterno-filiais situam-se, por conseguinte, a um nível diferenciado das relações conjugais ou maritais.

Saliento que essa é a linha que resulta da *Children Act*¹ no Reino Unido, em 1989 que firmava com clareza a ideia segundo a qual a responsabilidade parental não cessa com o divórcio, impendendo sobre os pais o dever de encontrar um acordo sobre as questões conexas com os filhos, sendo que esse acordo deve repercutir o verdadeiro interesse das crianças.

¹ In: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (07-08-2009).

I PARTE
RESPONSABILIDADE PARENTAL
CAPÍTULO I
O PODER PATERNAL E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

1. O poder paternal

1.1. Noção, natureza e conteúdo do poder paternal

Para o esclarecimento da noção de poder paternal é importante, desde logo, ressaltar de modo nítido que a condição jurídica dos menores é irreduzível a uma mera incapacidade de direitos subjetivos. Bem pelo contrário, o que se pretende enfatizar é que tal problemática é inconfundível com as questões atinentes à situação de carência decorrente da circunstância natural, físico-psíquica, da idade. Daí sufragar-se a perspectiva, defendida por Jorge Miranda, segundo a qual “ O universo pessoal dos menores – crianças adolescentes – permanece intacto para além da incapacidade de que se acham feridos, e também não é indiferente ao ordenamento jurídico.”².

Assim sendo, não é possível paralisar a reflexão no entendimento da Teoria Geral do Direito Civil, para a qual a função jurídica do poder paternal se traduz no suprimimento da incapacidade negocial de exercício de filhos menores de 18 anos, não emancipados. Assim regulamenta o artigo 125º CC, considerando que os negócios jurídicos praticados pelo menor estão feridos de anulabilidade, sendo a incapacidade do menor suprida pelo instituto da representação. Nessa linha: “Os meios de suprimimento da incapacidade dos menores, através da representação, são, em primeira linha o *poder paternal* e, subsidiariamente, a *tutela* (art. 124º CC); eventualmente pode haver lugar à instituição, com os mesmos fins, do regime de *administração de bens* (art. 1922º CC).”³. Considera-se que esta definição se afigura deveras empobrecedora do conteúdo adstrito ao poder paternal, porquanto há uma notória restrição do mesmo aos elementos que integram as atividades negociais dos menores, apenas dando conta do suprimimento

² MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Principia, 2006, 16

³ PINTO, Carlos Alberto da Mota e PINTO, Paulo Mota, **Teoria Geral do direito Civil**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 231.

da incapacidade do menor através dos pais, que, investidos, da sua representação legal, agem em nome dos filhos(as). Este entendimento de uma definição excessivamente restritiva, serve, *grosso modo*, para sublinhar que a ela subjaz uma visão autoritária conexas com o poder paternal. Além disso, pensa-se que lhe preside um quadro definitório demasiado tecnicista e formal. Isso mesmo surge evidenciado nesta explicitação da sua finalidade:

“ Porque a sua tarefa peculiar consiste na disciplina das relações dos homens em sociedade, são principalmente os factos e actos jurídicos, em que se traduzem (por outras palavras: as que se constituem, modificam ou extinguem) que se põem no centro das suas preocupações. Ora, a idoneidade para celebrar tais actos não a possuem ou não a possuem por completo os menores; é lógico, pois, que na falta de uma vontade psicológica amadurecida se verifique a não relevância (pelo menos, a não relevância por si) de uma vontade jurídica, de que sejam suportes, e que diversos meios venham supri-la em concreto; acautelam-se com isso os interesses dos menores e dos outros sujeitos.”⁴.

O que se defende, neste âmbito, é que o poder paternal extravasa em muito a sua configuração enquanto simples meio de suprimento da incapacidade dos menores, julgando-se pertinente a forma como Rosa Martins rejeita essa orientação flagrantemente redutora, desde logo por enfermar de um *erro de perspectiva* ou de um *vício de lógica*⁵. Propugnamos então uma noção personalista do poder paternal, porquanto não se considera como boa uma certa neutralidade e desumanização de um universo jurídico que se estriba numa consideração da pessoa como simples elemento da relação jurídica, até porque se visa neste estudo acentuar a perspectiva segundo a qual a criança é “[...] uma *pessoa* dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de autodeterminação de acordo com a sua maturidade.”⁶

Destacamos, em jeito contextualizador, que, apesar de tardiamente, a criança foi um dos protagonistas (em paralelo com a mulher) do universo jurídico ao longo do

⁴ MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Principia, 2006, 15-16.

⁵ Cf. MARTINS, Rosa, **Menoridade, (in)capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 157-168.

⁶SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, 13-14. Igualmente nesta linha segue FREEMAN, Michael, **The Moral Status of Children. Essays on The rights of the Child**. Kluwer Law International, 1997. Eis um trecho que exemplifica o ponto de vista defendido pelo autor: “To exercise parental responsibility is to put the interests and welfare of children or future children above one’s own needs, desires or well-being.” In: http://users.ugent.be/~rdecorte/documenten/doctrine/JV/Jan_Verplaetse_Moral_Status_Children.pdf (Consultado em 09 maio 2013).

século XX e destinatária privilegiada da atenção do legislador, quer ao nível do direito interno, quer no domínio do direito internacional, cabendo-nos enaltecer, maximamente, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1948, e, posteriormente, em 1989, a aprovação pela Assembleia-Geral das Nações Unidas da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Afastando-se a ideia de uma identidade pessoal entre pais e filhos, que enquadrava a família do Antigo Regime, onde somente predominava o *pater famílias*, defendemos a necessidade de acentuação do respeito pela autonomia do menor e cujo corolário é o abandono da visão segundo a qual as relações entre pais e filhos se reduziriam a relações hierárquicas. Do mesmo modo, discordamos da visão tradicional que postulava serem os filhos um simples prolongamento dos pais. Ao invés, os filhos têm uma dignidade intrínseca, uma unicidade que os diferencia dos pais. Igualmente nos afastamos da tendência para uma educação, no seio familiar, associada e canalizada para a sujeição ao poder, funcionando, nessa lógica redutora, as famílias como “instituições disciplinares” voltadas para o adestramento e “docilização dos corpos” para que fosse, afinal maximizado o poder dos pais, exercendo contínua vigilância sobre os filhos e tornando, assim, a instituição familiar, um afloramento do “panoptismo” generalizado a todo o corpo social⁷.

É preciso frisar que a importante Reforma de 1977 do Código Civil, não obstante inúmeros avanços - mormente ao nível da afirmação da igualdade de género, da paridade entre cônjuges - não logrou o abandono da expressão poder paternal, pelo que não rompeu, em definitivo, com o lastro de natureza patriarcal que remonta, como aludimos supra, à *patria potestas* proveniente do Direito romano. Ao nível da doutrina, a título de exemplo, fazemos referência a alguns contributos relevantes no sentido de uma ultrapassagem da expressão poder paternal, em virtude da sua conotação com dominação e hierarquia, nomeadamente a sugestão de Leite de Campos: “A expressão “poder paternal” parece ultrapassada, herança do tempo, ainda próximo, em que tal poder era pertença exclusiva (ou quase) do pai. Parece, hoje, preferível, a expressão poder “parental”, para reflectir o seu exercício pelo pai e pela

⁷ Segue-se aqui de perto a abordagem de FOUCAULT, Michel, na obra **Surveiller et punir. Naissance de la Prison. Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Trad. bras. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Editora Vozes, s.d.

mãe.”⁸. Por sua vez, Teresa Beleza, defende a expressão “responsabilidades parentais”⁹, por considerar que ela é muito mais consonante com a dignidade da criança. Por seu lado, Clara Sottomayor dá preferência a expressões como *responsabilidade parental* ou *cuidado parental*, “[...] que exprimem uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos.”¹⁰.

É já um entendimento clássico na doutrina que o poder paternal se caracteriza como um poder-dever, o que significa que alberga, cumulativamente, um acervo de direitos e deveres.

Em 1984, o Conselho da Europa decidiu-se, e bem, pela adoção da terminologia de responsabilidades parentais, concebendo-as como uma plêiade de poderes-deveres cujo fito primordial é assegurar o bem-estar, moral e material, das crianças. Foi, afinal, essa formulação conceitual que foi, igualmente, adotada pelo sistema jurídico português, e que significa “ [...] simbolicamente, um deslocamento do eixo do conceito da vertente das faculdades para a vertente das obrigações.”¹¹.

Quão longe nos encontramos na atualidade da *patria potestas* que traduzia, no direito romano primitivo, o poder exclusivo e absoluto do *paterfamilias* (chefe de família) sobre a totalidade dos descendentes, sobre as mulheres casadas *cum manu*, os adotados e os arrogados, sendo, pois, a *potestas* do *paterfamilias* exclusiva ou absoluta, desfrutando do direito da vida e da morte sobre as pessoas submetidas ao seu poder e domínio: podia vendê-las; podia abandoná-las ou expô-las; podia cedê-las a título de ressarcimento de danos por elas causados.

Dado que poder paternal é uma das modalidades típicas que assumem as relações jurídico-familiares, e é também um aspeto relevante da revelação da estrutura e da constituição da família, não cremos que seja despidendo neste tópico, de modo sucinto, apresentarmos uma nótula de cariz histórico. Assim, no direito romano, são

⁸ CAMPOS, Diogo Leite de, **Lições de Direito da Família e das sucessões**. 2ª Ed. Rev. e Actualizada. Coimbra: Almedina, 2010, 370.

⁹ Beleza, Maria Teresa Couceiro Pizarro, “Igualdade de género, responsabilidades parentais e «superior interesse da criança”. Disponível em: http://www.apmj.pt/images/PDF/conferencia_internacional/Igualdade%20de%20G%e9nero.%20Responsabilidades%20Parentais%20e%20Superior%20Interesse%20da%20Crian%e7a.pdf (consultado em 12 de maio de 2013).

¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Exercício do Poder Paternal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003, 22.

¹¹ AAVV., **Poder paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Rev., Actualizada e Aumentada. Lisboa: Quid Juris, 2010, 13.

fortemente intensas e duradouras as manifestações de um ordenamento jurídico familiar, cujo princípio retor se traduzia, afinal, na suprema autoridade do *pater*, compreendendo a “ [...] *vitae necisque potestas* sobre os membros do grupo familiar e assume a titularidade de todos os bens e relações patrimoniais do grupo com o exterior. O ordenamento familiar poderia ser definido como a esfera de soberania do *pater familias* que não se extinguia com o casamento dos filhos.”¹² Já nos Direitos Germânicos, o pátrio poder fundamentava-se não tanto na dimensão política do grupo, mas antes na necessidade de uma ordem doméstica, isto é, de uma disciplina familiar. Neste sentido, acolhemos o seguinte esclarecimento:

“No direito visigótico estão não só expressamente afastadas algumas das formas mais típicas da onipotência paterna, como se caracteriza um verdadeiro poder-dever, em que o direito de correição – *potestas flagellandi et corripiendi* – é contrapartida da obrigação paternal de educação, protecção e direcção dos filhos. A *patria potestas* cabia ao pai, ainda que a legislação visigótica reconheça á mulher alguns direitos nomeadamente no domínio da autorização matrimonial, mas dificilmente enquadráveis no conceito de poder paternal. Em consequência desse facto a mãe viúva não exerce o pátrio poder mas uma mera tutela sobre os filhos menores.”¹³

Gradativamente, a evolução do pátrio poder correu por dois caminhos seguindo paralelos, a saber: de poder-direito transformou-se em função-dever; de poder exclusivo paterno passou a autoridade tendencialmente conjunta do pai e da mãe. Sublinhamos, a este propósito, o labor tendente à raspagem da terminologia antiga, tal como se verificou na Lei francesa n.º 70-459, de 4 de junho de 1970, que veio operar a substituição da locução *puissance paternelle* por *autorité parentale*. À revelia desse incipiente avanço, salientamos que o DL n.º 496/77 de 25 de novembro, conquanto

¹² ALBUQUERQUE, Rui de e ALBUQUERQUE, Martim de, **História do Direito Português**. Vol. I. Tomo II. Lisboa, 1993, 165-166. Nesta mesma linha: “ A *patria potestas* não se restringia, pois, às relações entre os pais e os filhos menores. Era um amplo e ilimitado poder do *paterfamilias* sobre todas as pessoas livres da sua família, independentemente da idade e do estado de solteiro ou casado. A *patria potestas* não se extinguia quando o filho atingia a maioridade. Subsistia enquanto o *paterfamilias* vivesse, a não ser que este abdicasse do poder sobre o filho pelo acto especial da *emancipatio*. Dentro da sua família, o *pater* não é sujeito de deveres ou obrigações. Só tem direitos. Deveres só os tem fora da família. Portanto, a *patria potestas* romana era alheia ao interesse e protecção dos filhos.” SANTOS, Eduardo dos, **Direito da Família**. Coimbra: Almedina, 1999, 510.

¹³ ALBUQUERQUE, Rui de e ALBUQUERQUE, Martim de, **História do Direito Português**. Vol. I. Tomo II. Lisboa, 1993, 166. Na mesma linha: “ Não assim [face ao Direito Romano] o *mundium (munt)* do direito germânico, que se traduzia no direito dos progenitores, o pai e a mãe, de governarem a pessoa e os bens do filho no interesse deste, até à sua emancipação ou maioridade. Quer dizer, a relação entre pais e filhos, sendo de sujeição, era também de protecção destes”. SANTOS, Eduardo dos, **Direito da Família**. Coimbra: Almedina, 1999, 510.

haja logrado uma reforma do instituto sob análise, conservou, todavia, a expressão anterior: poder paternal.

Gizada esta breve incursão diacrónica, firmamos que o então designado «poder paternal» já não avulta no ordenamento jurídico português como um poder, para além de já não ser estrita ou prevalentemente paternal, tratando-se, outrossim, de uma função, um acervo de poderes-deveres, exercidos, conjuntamente, pelos progenitores, afigurando-se como irrenunciáveis e inalienáveis. No que tange à natureza do poder paternal, uma breve revisão da literatura, revela-nos que o debate principal gravita em torno dos pólos do direito subjetivo e do poder funcional, remetendo para duas vias, lapidarmente aclaradas nestes termos:

“ [...] se se escolher o primeiro termo, divisar-se-ão interesses dos pais dignos de protecção ou relevância directa, e não reflexa; se se escolher o segundo, o instituto será um instrumento voltado para interesses a eles completamente estranhos.”¹⁴.

Entre os autores que aderem à natureza do poder funcional, é possível mencionar, entre outros: José Tavares¹⁵. Jean Dabin¹⁶, Manuel de Andrade¹⁷, sendo a função em causa o favorecimento e a garantia do cumprimento dos específicos deveres morais, que incumbem ao seu titular para a pessoa contra quem se direcionam. Por sua vez, Gomes da Silva opta pela natureza de direito subjetivo, considerando que o exercício do poder paternal não visa exclusivamente os interesses dos filhos, mas igualmente a realização da personalidade dos pais¹⁸. Por seu lado, Jorge Miranda concorda com os autores que propugnam a prevalência da função, ao invés de atenderem à estrutura dos poderes, embora apresente uma via intermediária ou conciliatória ente o ponto de vista dos direitos subjetivos e o do poder funcional. Por seu lado, Mota Pinto¹⁹, recusa a caracterização do poder paternal como poder funcional, definindo-o antes como um verdadeiro direito subjetivo, que existe, sobremaneira, em favor do desenvolvimento dos filhos e, igualmente, para o bem dos pais. Como entender então essa função definidora da natureza jurídica do *poder paternal*? Trata-se de uma função direcionada para a promoção do desenvolvimento,

¹⁴ MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Principia, 2006, 22.

¹⁵ TAVARES, José, **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**. 2ª Ed., Coimbra, 1930.

¹⁶ DABIN, Jean, **Le Droit Subjectif**. Paris : Dalloz, 1952.

¹⁷ ANDRADE, Manuel de, **Teoria geral das Obrigações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.

¹⁸ SILVA, Gomes da, **Curso de Direito da Família** [Policopiado], Lisboa, 1960.

¹⁹ PINTO, Mota, **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed. Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1933.

da educação e do cuidado dos filhos menores não emancipados, abarcando, enfim, uma plêiade de direitos-deveres dos pais relativamente aos filhos, envolvendo também direitos fundamentais dos pais perante o Estado, tal como plasmado no artigo 36º da Constituição, sobre o qual é pertinente firmar o seguinte comentário:

“O direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (nº5) são um verdadeiro *direito-dever subjectivo* e não uma simples garantia institucional ou uma simples norma programática, integrando o chamado *poder paternal* (que é uma constelação de direitos e deveres, dos pais e dos filhos, e não um simples direito subjectivo dos pais perante o Estado e os filhos). A natureza de direito-dever subjectivo dos pais traduz-se, na linguagem actual, na compreensão do poder paternal como *obrigação de cuidado parental*.”²⁰.

2. A responsabilidade parental

2.1. Noção e natureza jurídica das responsabilidades parentais

Foi mérito da Lei n.º 61/2008 a alteração da denominação de *poder paternal* para *responsabilidades parentais*²¹. Essa alteração está, aliás, bem presente na Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, designadamente no seu artigo 3.º, e que veio operar a mudança dessa formulação nos diversos preceitos, a respeito da matéria em estudo, do Código Civil, se bem que não haja modificado o conteúdo essencial do *poder paternal*, no sentido em que este – tal como aclarámos no item anterior – era já encarado como um poder-dever de conteúdo funcional, devendo ser exercitado no exclusivo interesse dos filhos e cujos escopos teleológicos se traduzem na garantia da sua guarda, na vigilância, no auxílio, na assistência, na educação e na administração dos bens.

Sublinhamos que esta salutar substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, surge em consonância com a ideia de que aquela se mostrava pouco adequada para refletir aquela conceção e para exprimir, com rigor, a

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 565.

²¹ Dada a relevância desta mudança terminológica, que é muito mais do que uma variação semântica, porquanto concorre para uma maior personalização do instituto em apreço, consideramos importante dar conta da exposição do legislador acerca do projeto lei que esteve na base da Lei nº 61/ 2008: “ O projecto que se apresenta propõe o desaparecimento da designação de “poder paternal”, substituindo-a de forma sistemática pelo conceito de “responsabilidades parentais”. Na mudança da designação está obviamente implícita uma mudança conceptual que se considera relevante. Ao substituir uma designação por outra muda-se o centro de atenção: ele passa a estar não naquele que detém o poder – o adulto neste caso –mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças. Esta mudança pareceu essencial por vários motivos. Em primeiro lugar, a designação anterior supõe um modelo implícito que aponta para o sentido de posse, manifestamente desadequado num tempo em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos.” *Apud* RAMIÃO, Tomé d’Almeida, **Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa**. Lisboa: Quid Juris, 2012, 108.

sua natureza, conteúdo e realidades envolventes, nomeadamente as que, doravante, elencamos: a criança enquanto sujeito de direitos; a criança como desfrutando duma autonomia gradual; a dimensão funcional das prerrogativas que integram as responsabilidades parentais; a prevalência do superior interesse das crianças; a paridade de faculdades e de obrigações dos pais face no que respeita à vivência dos menores; a coresponsabilização dos progenitores nas diversas valências do bem-estar dos filhos.²²

É ainda de realçar que este conceito, que aqui procuramos clarificar, de responsabilidades parentais recebeu uma significativa influência do conceito decorrente da Recomendação n.º R (84) atinente às Responsabilidades Parentais (28 de Fevereiro de 1984) aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. Ficou então assente que a noção de responsabilidades parentais é a que melhor se coaduna à evolução dos sistemas jurídicos dos diversos Estados-Membros da União Europeia.

Sem dúvida, que a noção de responsabilidades parentais vai bem melhor ao encontro da ideia de os pais, em paridade e em concertação com o filho menor, se encontrarem incumbidos de uma missão de prossecução dos interesses deste, sendo ambos responsáveis e implicados no seu bem-estar e, exercendo, para tanto, poderes legalmente conferidos.

Assim, vem adequar-se ao carácter vinculado do exercício das responsabilidades parentais.

No sentido de uma clara responsabilidade partilhada/comum aponta o estipulado no n.º 1 do art. 18º da Convenção dos Direitos da Criança, nestes termos:

“ Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe principalmente aos pais e, sendo o caso disso, os representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.”

Com efeito, a responsabilidade parental envolve um conjunto de faculdades de alcance altruísta, que devem ser exercidas de maneira vinculada, em harmonia com a função do direito, consubstanciando-se no *telos* essencial de proteção e promoção dos

²² Este elenco reporta-se aos artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (consultado em 15 maio 2014).

interesses dos filhos, com o intuito do seu integral desenvolvimento. Trata-se, aliás, de uma responsabilidade indisponível, isto é, não podem os pais dispor de tais responsabilidades, (art. 1882º CC) que são também intransmissíveis e irrenunciáveis, pois em caso de omissão culposa do seu cumprimento, poderão os pais vir a ser inibidos do seu exercício (art. 1915º CC).

Na verdade, por força da Lei nº 61/2008, o exercício do poder paternal conheceu significativas mutações, a ponto de se poder postular a mudança de paradigma desencadeou um corte face ao modelo até então vigente e consolidado do ponto de vista jurisprudencial. Uma das primeiras mudanças a enaltecer, a respeito da efetivação das responsabilidades parentais, foi, sem dúvida, o eclipse, ao nível legislativo e jusfamiliar, da desatualizada terminologia de *poder paternal*. De facto, essa mudança não foi meramente semântica, pois acarretou, em termos substanciais, uma igualdade entre os pais no que concerne às decisões com impacto na vida dos menores. Tal baseia-se nos artigos 1901º e seguintes do Código Civil. Ora, essa paridade consubstancia-se, justamente, na opção legislativa pela fórmula *exercício das responsabilidades parentais*, em detrimento da inadequada fórmula do *poder paternal*.

Firmamos, deste modo, que esse ideário da igualdade ao nível das competências parentais espelha bem o abandono de uma matriz patriarcal que configurava o dito *poder paternal*. Os próprios pais devem, ao tomarem contato com as regras atinentes às responsabilidades parentais – aplicáveis a todas as famílias e a todas as situações reguladoras- estar bem cientes do carácter verdadeiramente reforçado deste nuclear princípio de igualdade.

Neste sentido, a evolução legislativa veio, de modo notório, acentuar esta imposição de igualdade na posição dos pais separados no que respeita à educação e manutenção dos filhos.

Outro elemento que realçamos, como catalisador de uma tal posição de igualdade entre progenitores, concerne à eliminação da presunção ínsita no artigo 1911º, nºs 1 e 2 do CC da versão anterior. Nesta linha, seguindo a par da evolução legislativa respeitante à proteção da união de facto, a Lei nº 61/2008 veio alterar o preceituado nesse mesmo artigo do Código Civil. Em consequência:

“Quer isto dizer que, actualmente, separados que estejam pai e mãe, independentemente de serem ou não casados, para poderem tutelar a situação jurídica do menor terão de instaurar a competente acção de regulação das responsabilidades parentais. Deixa de haver no nosso ordenamento jurídico

qualquer norma que diferencie a posição jurídica dos progenitores que estão, assim, em absoluta igualdade normativa.”²³.

Assim sendo, de acordo com a consagração deste novo paradigma, emerge como candente um exercício comunal das responsabilidades parentais, abrindo flanco para a solução ideal da guarda conjunta. Em contraponto, devém excecional o regime da guarda única, ou seja, a entrega do menor a um único progenitor.

A este propósito, torna-se pertinente referir que - em jeito preliminar para clarificação concetual, uma vez que a este tema voltaremos de forma mais aprofundada mais adiante – a guarda será conjunta ou *compartilhada* (de acordo com a terminologia seguida por alguns autores) ou alternada, consoante o modo como são exercidas as responsabilidades e conforme se processa o envolvimento dos pais nas decisões atinentes à vida dos filhos. No caso de haver decisões tomadas em comum pelos progenitores, então a suscetibilidade da guarda conjunta é manifestamente superior. No quadro de um tal circunstancialismo, e porque *a posterior* das situações de rotura do casal, a criança terá de ter estadas repartidas por determinados períodos com um dos progenitores e com o outro, sendo esse processo fortemente facilitado nos casos em que sucedam acordos a respeito. Por sua vez, o regime da guarda alternada obrigará a que se verifique uma alternância da residência dos filhos face à casa dos pais. Neste caso, é mais ténue ou mesmo inexistente a conjugação dos pais, porquanto, nessa circunstância, as decisões sobre a criança são, maioritariamente, tomadas ou pelo pai ou pela mãe enquanto a criança estiver com um ou com outra e, logo, a concertação é diminuída.

Firmamos, assim, o reconhecimento legal, como regra geral, a ambos os ex-cônjuges ou unidos de facto, da responsabilização pelos filhos, fruto dessa parentalidade. Nesse sentido vai o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (33/12.4TBBRR.L1-8, 28-06-2012), de que citamos este lapidar trecho:

“ [...] pode assim concluir-se que, uma das alterações mais expressivas neste domínio radica na consagração legal da expressão exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio e separação judicial de pessoas e bens e o conteúdo que a mesma encerra. Regime que é extensivo aos casais, progenitores da criança, que viveram em união de facto. E a colocar a criança e os seus superiores interesses no centro do exercício dessas responsabilidades parentais, enquanto sujeito de direitos, e para quem os pais devem assumir as

²³ AA.VV., **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 35.

suas responsabilidades, com o respeito pleno pelos seus direitos de modo a assegurar-lhe um sã e harmonioso desenvolvimento e crescimento.”²⁴.

É possível definir-se o exercício das responsabilidades parentais enquanto conjunto de direitos que a lei outorga aos progenitores para que os exerçam em vista do superior interesse dos filhos, envolvendo uma série de vertentes, como sejam: o sustento, a saúde, a segurança, a educação, a representação e a administração de bens dos filhos menores (artigo 1878.º do Código Civil).

Portanto, em resultado da simples filiação, os pais encontram-se, de modo automático, incumbidos do exercício das responsabilidades parentais, o qual se afigura como irrenunciável.

Há ainda que ter em conta, de uma perspetiva funcional, que é aos pais que cumpre a representação legal dos filhos menores (artigo 124.º CC).

Desta dimensão funcional das responsabilidades parentais, patenteia-se como um indeclinável corolário que o exercício dos direitos e deveres a elas adstritos, dá conta da vinculação dos pais na garantia do bem-estar dos filhos e no adequado acompanhamento do seu dia-a-dia.

Não obstante, é preciso salientar que muito dificilmente se encontra uma definição unívoca do que seja *o superior interesse da criança*, na medida em que estamos na esfera de um conceito jurídico indeterminado.

Todavia, ele só pode ser, de certo modo, concretizado enquanto direcionado ao específico interesse de cada criança e que, naturalmente, pode ser diverso do de outras crianças, pelo que impõe aqui uma interpretação de pendor, sobremaneira, casuístico.

Da revisão da literatura sobre esta questão, acolhemos as seguintes definições oriundas da doutrina:

“O conceito de interesse da criança comporta uma pluralidade de sentidos. Não só porque o seu conteúdo se altera de acordo com o espírito da época e com a evolução dos costumes, ou porque é diferente para cada família e para cada

²⁴In:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79>
(Consultado em 23 maio 2013).

criança, mas também porque relativamente ao mesmo caso, é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação de facto.”²⁵

“O interesse do menor é uma noção cultural, intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades, as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar material e moral.”²⁶.

“O interesse superior da criança deve ser entendido como o direito deste ao seu desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, definido através de uma perspectiva sistémica e interdisciplinar que não esqueça e não deixe de ponderar o grau de desenvolvimento sócio-psicológico da criança.”²⁷.

O elemento comum que se extrai das perspetivas mencionadas *supra* é que as responsabilidades parentais encerram, pois, uma série de poderes-deveres cuja finalidade é, conforme artigos 1874.º, n.º 1 e 1878.º, n.º 1 do CC, a prossecução do harmonioso e o mais salutar possível desenvolvimento dos filho(as), visto que, aos pais, cabe a atuação ajustada a assegurar o seu superior interesse, tal como resulta da interpretação conjugada dos artigos 1878.º, n.º 1, 1881.º e 1885.º, todos do CC).

Também à luz da Constituição, a criança é titular de direitos, expressamente plasmados na ordem jurídica constitucional portuguesa, salientando-se os normativos dos artigos 36º, 64.º, n.º 2, 67.º, 68.º²⁸ e 69.º CRP, que evidenciam a dignidade

²⁵ SOTOMAYOR, Maria Clara, **Exercício do Poder Paternal**. 2ª Ed. Porto: Universidade Católica, 2003, 85). Afirma ainda esta autora: “É um conceito “vago e genérico utilizado pelo legislador, de forma a permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade, e cujo conteúdo deve ser apurado no caso concreto”. In: **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio**. 4ª Ed. Coimbra, Almedina, 42-47). Face então ao conceito jurídico indeterminado, o seu preenchimento dependerá do encontro da solução mais ajustada ao caso concreto, de modo a oferecerem-se melhores garantias de desenvolvimento físico e psíquico da criança, do seu bem-estar e segurança e da formação da sua personalidade ou, como se menciona no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de Março de 2004 (Processo n.º 0179/05), relatado por ANTÓNIO PIÇARRA disponível em www.dgsi.pt “quem, na verdade, define, em cada caso, o sentido dos conceitos intencionalmente deixados vagos na lei é o tribunal, no exercício da função que lhe cabe de a interpretar e aplicar, em face das realidades concretas da vida, nos termos dos artigos 8.º, n.º 3, e 9.º, ambos do Código Civil”.

²⁶ EPIFÂNIO, Rui e FARINHA, António, **Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito de Menores e de Família**. Coimbra: Almedina, 1997, 376.

²⁷ RODRIGUES, Almiro, “Interesse do Menor – Contributo para uma definição”. **Revista Infância e Juventude**. N.º 1, 1985, 18-19.

²⁸ Sobre este artigo 68º da CRP, atenda-se ao seguinte comentário: “Na formulação que lhe foi dada pela 1ª revisão constitucional (LC nº1/82), este preceito passou a reconhecer e a garantir um verdadeiro **direito fundamental dos pais e das mães**, enquanto tais, isto é, nas suas relações com os filhos. Sendo-lhes constitucionalmente garantido o direito e o dever de educação dos filhos (cfr. art. 36º -5), têm também o direito á protecção (isto é, ao auxílio) da sociedade e do Estado no desempenho dessa tarefa [...]”.

constitucional dos direitos sociais das crianças e que vão ao encontro da satisfação das suas necessidades, a qual só se torna, de facto, exequível se o pleno bem-estar psicológico e físico das crianças estiver garantido. São, afinal, serão, a satisfação dessas necessidades que se alcandora a critério objetivo, a partir do que se poderá aferir das competências parentais tal como estipulado no artigo 1905.º, n.º 1, do CC.

É, ainda assim, o interesse da criança que constitui o critério essencial de decisão, mas cujo conteúdo e extensão carecem de um preenchimento reconduzível a critérios objetivos, sendo comumente entendido pela doutrina sobre a matéria em apreço que tais critérios ou parâmetros devem assentar na igualdade dos pais, na repartição de responsabilidades parentais permissivas de uma acomodação aos basilares, fundamentais, direitos das crianças, sem nunca se desprezar o respeito devido pela autonomia familiar. Só dessa forma se estará a abrir o horizonte para uma necessária conformação ao princípio da intervenção mínima, que se encontra, aliás, subjacente, aos artigos 4.º, alíneas a), d), e f), da Lei de Promoção e Proteção *ex vi* do artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores. É importante referir ainda, neste contexto, a audição da criança quando atinge uma certa maturidade, cuja previsão encontramos no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90²⁹) impondo que os Estados Partes devem assegurar à criança, sem incapacidades de discernimento, o direito de exprimir a sua opinião acerca das questões a elas concernentes respeitem, ou seja, determina esse artigo que as opiniões das crianças devem ser atendidas, naturalmente em consonância com a sua idade e com o estágio do seu desenvolvimento. A atestar esse aspeto é a faculdade outorgada à criança de ser ouvida nos processos judiciais onde as decisões serão cruciais para a sua vida. Destacamos que a concretização deste princípio consta, nomeadamente, dos artigos 1901.º, n.º 2, 1981.º, n.º 1, alínea a), 1984.º, alínea a), todos do Código Civil, 4.º, alínea i), 10.º, 58.º, alínea g), 84.º, 104.º, n.º 1, 107.º, n.º 1, alínea a), e 112.º, todos da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, 45.º, n.º 2, alínea a), 47.º, n.º 1, 77.º, n.º 1, 96.º, 98.º, 101.º, n.º 2, alínea a), 104.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 131.º, n.º 2, e 171.º, n.º 3, alíneas j), e n), da Lei Tutelar Educativa.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 863-864 .

²⁹ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html> (consultado em 20 maio 2014).

O exercício das responsabilidades parentais poderá recair sobre ambos os progenitores (o que configura atualmente o regime-regra) mas pode, excecionalmente, recair tão-somente sobre um deles ou, noutra alternativa, recair sobre um terceiro, caso os pais não manifestem capacidade ou não tenham condições para o integral cumprimento das suas responsabilidades parentais. Nesta última circunstância aventada, poder-se-á estar diante duma inibição das responsabilidades parentais, ou duma limitação das responsabilidades parentais. Tais inibições, a que adiante voltaremos, podem nomeadamente decorrer de situações de maus tratos. Neste âmbito, compete ao Direito o estabelecimento de parâmetros e critérios claros e objetivos relativamente a atos parentais que justifiquem a intervenção do Tribunal. No ordenamento jurídico português a matéria encontra-se regulamentada, em diferentes planos: ao nível do Direito da Família, da Organização tutelar de menores e do Código Penal. No que respeita à definição legal de maus tratos sobre as crianças, há que considerá-la, julgamos, de modo holístico, por abranger não apenas situações que façam perigar a criança, como ainda danos já verificados na criança. A título de exemplo, o artigo 1918º do CC refere expressamente a possibilidade de o tribunal poder intervir *quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor se encontrem ameaçadas*; ao nível da OTM, o seu artigo 15º a) estipula que incumbe aos tribunais de menores aplicar medidas tutelares em situações configuradoras de maus tratos, abandono ou desamparo de que as crianças sejam vítimas; ao nível do Código Penal *vide* artigo 153º. Tal exigência possui primariamente justificação ao nível constitucional, na medida em que são os pais que detêm o direito-dever de educar e manter os filhos, não podendo estes deles ser separados, salvo quando os pais incumpram os seus deveres fundamentais para com os filhos e sempre mediante decisão judicial, conforme, respetivamente, artigos 36.º, n.º 7, da CRP e 1874.º do CC.

Em síntese: um relevante elemento que pretendemos vincar neste item reporta-se ao facto de a Lei n.º 61/2008, vir consolidar a decisão do legislador de que o divórcio dos pais não traduz uma rotura com os filhos e que uma criança, para o seu desenvolvimento equilibrado carece do empenho de ambos os progenitores. Sublinhamos, por conseguinte o passo muito relevante dado por essa Lei, porquanto antes do regime que ela veio fixar, ou seja, quele em que o exercício em conjunto se encontrava dependente de um prévio acordo dos progenitores. Porém, a relevante mudança reporta-se o facto de que o exercício das responsabilidades parentais não pode

deixar de ser exercido comumente por ambos os pais e só o tribunal tem reserva de competência, por intermédio de decisão fundamentada, para, tal como estipula o artigo 1906.º, n.º 2, CC, ordenar que tal exercício fique a cargo exclusivamente de um dos progenitores, sob a premissa indeclinável de estar a ser acutelado o superior interesse, o que pode ocorrer perante factuais como sejam a ausência ou demissão das responsabilidades que competem a um dos progenitores ou em situações que possam traduzir-se em dissensos e conflitos de grande nocividade para a criança. Enfim, em termos de regime e tramitação, referimos que a regulação do exercício das responsabilidades parentais deve realizar-se caso se verifiquem os seguintes pressupostos:

- existam filhos menores;

- os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento (artigos 1905.º e 1906.º CC);

- os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (artigos 1905.º e 1906.º “*ex vi*” do artigo 1909.º, CC);

- os progenitores unidos de facto estejam separados ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (artigos 1905.º e 1906.º “*ex vi*” do artigo 1911.º, n.º 2, CC);

- os progenitores não tenham convivência marital (artigos 1905.º e 1906.º “*ex vi*” do artigo 1912.º, n.º 1 CC).

Segundo o artigo 174.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores, regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser requerida em processo intentado com vista à homologação de um acordo extrajudicial respeitante ao exercício daquelas responsabilidades. Nesse caso, os requerentes são os pais. A instrução do processo passa, então, pelo acordo quanto à regulação em apreço, o qual deverá ser subscrito por ambos os progenitores ou por mandatário com poderes especiais. Pode também ser realizada junto da Conservatória do registo civil sendo, depois, remetido o processo ao Ministério Público do tribunal de 1.ª instância competente em razão da matéria para homologação, tal como determinam os artigos 1775.º e 1776.º do CC. Refira-se ainda, tendo em conta os preceitos vertidos, nos artigos 175.º a 180.º da Organização Tutelar de Menores, ocorrer tramitação em sede de processo tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, cabendo o requerimento ao Ministério Público ou a algum dos por algum dos progenitores.

2.2. A substituição nominal do conceito de poder paternal por responsabilidades parentais: interpretação extensiva do art.º 3.º, n.º2 da Lei n.º61/2008, de 31 de outubro

A definição das responsabilidades parentais, quando existem filhos menores, em situação de separação ou divórcio, torna-se uma tarefa mais ou menos complexa consoante a vontade dos pais, havendo que sublinhar que, em virtude da alteração à Lei do divórcio, n.º 61/2008, de 31 de outubro, se parte do princípio de que ambos os pais sejam corresponsáveis relativamente aos filhos, independentemente da guarda física (residência). Especificamente, no que concerne à regulação das responsabilidades parentais, procura-se que sejam definidos nomeadamente os seguintes aspetos: a residência do menor, a prestação de alimentos do menor e o seu relacionamento como o progenitor a quem não haja sido confiada a guarda (se esta for individual). Não obstante, incumbe a ambos os pais promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, consoante as suas possibilidades (art. 14º do DL nº 272/2001, de 13 de outubro e pelo art. 1778º Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro).

Esta partilha das responsabilidades parentais baseia-se no princípio nuclear segundo o qual os pais são igualmente responsáveis pelos filhos após separação ou divórcio, pelo que, para lá das situações de rutura, deverá prevalecer uma verdadeira *união parental*, ou seja, um continuado exercício de cooperação, de diálogo entre os pais. Estes deverão saber separar os seus conflitos pessoais em favor do fundamental bem-estar do menor. Daí que manifestemos concordância com o ponto de vista que advoga que este avanço conceitual adstrito às responsabilidades parentais, viabiliza “ [...] a identificação de uma união parental [sublinhamos] diferenciada da união conjugal ou união marital, apontando para a necessidade da sua permanência e sobrevivência após eventual dissolução destas.”³⁰.

Em jeito, necessariamente sinóptico, da reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, na sequência do já referenciado no item precedente deste estudo, cumpre enaltecer: o exercício conjunto (das responsabilidades parentais), conquanto, reportando-se apenas aos *atos de particular importância*; a responsabilidade pelos *atos da vida quotidiana* cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra. Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais

³⁰ FARINHA, A. H. L. e LAVADINHO, C., **Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais**. Coimbra: Almedina, 1997, 49.

mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; estipula-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais.”

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, foram introduzidas, com efeito, importantes alterações às regras que estabelecem o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores em caso de dissociação familiar.

É de realçar ainda a norma do Código Civil que permite o exercício conjunto do “poder paternal” de pais não unidos pelo casamento (art. 1911º, n.º3 CC).

Ainda no contexto das responsabilidades parentais, há que mencionar a atenção especial concedida pelo legislador às necessidades dos menores perante situações de crise familiar, chamando-se à atenção, desde logo, para o facto salutar, em prol do interesse superior da criança, da necessidade de, em processos decorrentes de crises familiares, eles decorrerem em tribunais de competência especializada. Saudamos esse procedimento, em virtude de tais tribunais se encontrarem mais preparados para enfrentarem questões, não raro, de grande melindre. Esses processos que se enquadram no âmbito da designada jurisdição voluntária, o que confere uma maior maleabilidade ao papel do juiz. Além disso, esses tribunais acolhem um acervo de pareceres de peritos de áreas afins do direito, valorizando-se desta forma a multidisciplinaridade, e permitindo-lhes, nomeadamente, recusar acordos que hajam sido realizados pelos pais e que acarretem situações de desvantagem para os filhos (arts. 1778.º e 1905º CC). Essa ação do Estado, face a situações de crise, com o fito de assegurar os interesses dos menores, é bem clarificada nesta análise:

“Pode dizer-se que foi justamente este cuidado especial nas situações de crise que levou o legislador português, recentemente, a consagrar a faculdade de decidir a guarda conjunta dos filhos, depois só divórcio (art. 1906, nºs. 2 e 3). Por outro lado, quando um menor for confiado só a um dos progenitores, a lei procura que ele mantenha «uma relação de grande proximidade» com o progenitor a quem não tenha sido confiado (art.1905º, nºs. 1 e 2). Estes regimes pretendem favorecer o maior grau de coesão familiar que é possível conseguir na situação adversa de que se trata [Sublinhamos].”³¹

³¹ OLIVEIRA, Guilherme de, **Temas de Direito da Família**. 2ª Ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 299.

2.3. Evolução legal rumo à igualdade entre progenitores

2.3.1. Da versão original do Código Civil de 1967 à reforma de 1977

Desde logo, enfatizamos que as mudanças sociais, em geral, acabam por repercutir-se ao nível das mudanças jurídicas, como aliás não poderia deixar de ocorrer sendo o direito um fenómeno eminentemente social e, como tal, dotado de plasticidade mais do que de plenitude, visto entabular um relacionamento dinâmico com as modificações que compõem o devir social. Isto, sem embargo, há que reconhecê-lo, que mudanças jurídicas funcionam também como catalisadoras de mudanças da esfera social. Daí que se sufrague esta perspetiva, que dá boa conta desse movimento bidirecional:

“[...] dir-se-á que, nalguns casos, é a evolução social que impõe a alteração das leis, noutros, é o legislador que, pretendendo enformar a sociedade e fazê-la evoluir no sentido que, num dado momento, lhe pareça adequado, impõe, por via legal, alterações no tecido social. Em nenhuma outra matéria como no direito da família essa dinâmica recíproca entre a evolução social e legal é mais relevante.”³²

Antes mesmo do enfoque sobre a versão original do Código Civil de 1967 (ano da sua entrada em vigor), vem a propósito do aprofundamento deste item, que pretende realçar o papel marcadamente desigualitário da mulher até à reforma do Código Civil de 1977, delinear as traves dessa desconsideração legal da mulher no Código de Seabra. Com efeito, a título exemplificativo, segundo os artigos 1115º, 1117º, 1193º e 1194º (Código de Seabra), a mulher ficava impedida de dispor dos seus bens e nem sequer podia praticar quaisquer atos sem que tivesse a autorização do marido, sob pena de nulidade. Essas regras aplicavam-se independentemente de qualquer que fosse o regime de bens e mesmo o de separação, sendo que, na altura, a maioria dos casamentos se celebrava pelo regime legal de comunhão de bens. Destaca-se, neste contexto, a dependência financeira da mulher relativamente ao marido, uma situação que se manteve, aliás, até ao Código Civil de 1966. Nesse hiato de um século, o direito manteve-se contrário ao acolhimento de qualquer mudança da sociedade no que respeita à situação da mulher, bem como à natureza dos bens, patenteando-se o não

³² AAVV, **Poder paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed (Revista, Atualizada e Aumentada). Lisboa: Quid Juris, 2010, 27.

reconhecimento da mútua humanidade e dignidade dos géneros, em virtude de um sistema manifestamente patriarcal. Ainda assim, uma inovação significativa do Código do Seabra, prende-se com a associação da mãe ao poder paternal e, conquanto a igualdade não fosse estabelecida, ainda assim poderemos assinalar como um avanço o que se encontrava vertido no art. 138º, segundo o qual: “As mães participam do poder paternal e devem ser ouvidas em tudo que respeita ao interesse dos filhos. Mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimónio, como chefe de família, dirigir, representar e defender os filhos.”³³

Ainda assim, na coordenada adversativa (“mas”) que ressalta nesta disposição, temos uma clara atestação da raiz patriarcal da família que o direito legitimava, até porque enquanto durasse o casamento o poder da mãe estava praticamente esvaziado, o que era ainda reforçado pela possibilidade de o pai fazer findar os direitos da mãe sobre os filhos, emancipando-os, para o que não carecia da autorização da mãe. O Código de 1867, no que respeita à situação jurídica das mulheres, conservava duas principais ordens de razões de incapacidade que as discriminavam: por um lado, as provenientes do próprio género, por outro lado, as incapacidades em razão da família como as concernentes à mulher casada e à mãe. Sobre estas últimas permitimo-nos destacar a perda da nacionalidade que o casamento com estrangeiro desencadeava; o dever de obediência ao marido, considerado chefe de família; a administração dos bens do casal como sendo uma competência exclusiva do marido, inclusive em relação aos próprios bens. Do artigo 1204º n.º 1 e n.º 2 do Código de Seabra, destaca-se a ausência de respeito da igualdade de género no que toca à separação de pessoas e bens.

Acrescenta-se que no sistema patriarcal a criança era sobretudo encarada como um objeto de posse por parte do *pater famílias*, sendo o papel das mulheres, ao nível da procriação e do cuidado das crianças, desvalorizado, já que um tal sistema atribuía ao homem uma autoridade plena sobre os filhos³⁴.

³³ Disponível em:

<http://www.cnpcjr.pt/downloads%5CC%3%93DIGO%20CIVIL%20DE%20SEABRA.pdf>

³⁴ A este propósito enfatiza-se o seguinte ponto de vista: “[...] por força da tradição patriarcal, no direito antigo, era ao pai que cabia a guarda e o poder paternal, após a separação, salvo em relação a crianças até aos três anos de idade, as quais eram confiadas à mãe, durante o período de lactação. A preferência maternal, enquanto reconhecimento, no plano jurídico, do papel que as mulheres desempenhavam na educação dos filhos, é uma regra que remonta ao período pós-revolução industrial e representa o resultado da luta das primeiras feministas, no século XIX, pelos direitos das mães à guarda dos filhos e pelo abandono da visão da criança como propriedade do pai. A preferência maternal representa, assim, um

Desde a versão original do Código Civil de 1966 (que entrou em vigor no ano seguinte) – em plena época do Estado Novo – muitas foram, na realidade, as marcas de um lastro diacrónico conducente à consagração da paridade entre os pais. Um dos elementos que impregnavam essa versão original do Código Civil era uma atribuição legal de funções, em que se verificava uma demarcação rígida entre as funções próprias confiadas aos pais e as, manifestamente restringidas, concedidas às mães. Sem dúvida que o pendor conservador e marcadamente patriarcal vigente, implicava uma discriminatória prevalência da figura paterna, enquanto titular do poder familiar e, relativamente aos filhos, era ao pai que incumbia exclusivamente conceder autorização aos filhos, além da sua consideração como chefe de família assumia uma postura de predominância, visto que era a pessoa que trabalhava e sustentava a família, deixando assim numa posição de grande vulnerabilidade e dependência a mulher.

Segundo o artigo 1881º da versão original do Código Civil, na qualidade de chefe, eram atribuídos à figura paterna uma série de competências, deste modo elencadas: providenciar sobre os alimentos devidos ao filho e dirigir a sua instrução e educação (al. a)); prestar assistência moral ao filho, consoante a sua condição, sexo e idade (al. b)); proceder à emancipação do filho (al. c)); defender o filho e representá-lo, ainda que nascituro (al. d)); auxiliá-lo na prática de atos que dependessem do seu consentimento (al. e)); dar-lhe autorização para o exercício de profissão, arte ou ofício (al. f)); administrar os seus bens (al. g)).

Quanto ao papel da mãe, flagrantemente subalternizado, as suas competências especiais surgiam no artigo 1882º, outorgando-lhe, sobretudo, o direito/dever de velar pelo filho e somente desempenhar funções caso o pai estivesse impossibilitado. Todavia, e, paradoxalmente, em caso de divórcio ou separação judicial, regra geral os tribunais optavam pela atribuição da guarda à mãe.

O enorme avanço rumo à paridade foi, sem dúvida, operado pela Reforma de 1977 do Código Civil, já que não podemos deixar de apontar que, no período anterior ao 25 de abril de 1974 e à Constituição de 1976, o direito se afigurava como uma fonte legitimadora da desigualdade material, o que aliás já remontava ao Código de Seabra de

triunfo do laço emocional da criança com o progenitor que cuida dela no dia-a-dia (a mãe) sobre o sistema patriarcal e sobre critérios de moral sexual dupla, que penalizavam as mulheres que cometiam adultério.” SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”. In: **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 81.

1867 que consagrava uma manifesta discriminação de género, pois nele a mulher estava numa situação de notória sujeição a um estatuto jurídico de subordinação ao marido, exercendo este o “poder marital”, bastando, para comprová-lo, atentar no artigo 1674º Do Código de Seabra: “O marido é o chefe de família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os aspectos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes.”³⁵. Uma tal formulação, que vista a esta distância pode surpreender pelo anacronismo, enquadrava-se, do ponto de vista sociológico, no contexto de uma sociedade conservadora, transversalmente perpassada pela religião católica, além de uma acentuada ruralidade e débil participação cívica, ficando o papel-tipo da mulher relegado ao de ser a mãe de família, a esposa, a “fada do lar” no seu gineceu, pontilhado de meros afazeres domésticos, até porque existia da parte do Estado, mas também das famílias e da sociedade em geral, um notório desinvestimento na educação das mulheres, o que mais contribuía para erigir um bloqueio, espécie de travão, a potenciais dinâmicas reivindicativas por um estatuto igualitário. Outro exemplo que o ilustra nesse Código Civil cogitado pelo Visconde de Seabra, é o artigo 1678º segundo o qual a mulher casada estava impedida de dispor de poderes de administração dos bens do casal.

Foi, afinal, com as alterações introduzidas pela Constituição de 1976 – designadamente o seu art. 13º, corolário do Estado de Direito Democrático, proibindo, entre outras, as discriminações em razão do sexo - e, depois, transpostas, por intermédio da Reforma de 1977 do Código Civil, que a mulher obteve, no ordenamento jurídico português, um real estatuto legal de igualdade, numa posição de paridade face ao estatuto masculino ou do cônjuge marido. Importa ainda, a este propósito, enfatizar o art. 36º da CRP, em especial o seu n.º 3 – “ Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos” – afigurando-se, afinal, como uma expressão qualificada do princípio da igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres (art. 13º, n.º2 CRP), sendo aqui de destacar que a esfera familiar não fica reduzida à educação e manutenção dos filhos, na medida em que veda qualquer discriminação jurídica entre cônjuges.

³⁵ Disponível em:

<http://www.cnpcjr.pt/downloads%5CC%C3%93DIGO%20CIVIL%20DE%20SEABRA.pdf>

“ Sendo os cônjuges iguais, não pode estabelecer-se nenhuma relação juridicamente relevante de comando ou dependência entre eles, o que implica a direcção conjunta da família (escolha de residência, administração doméstica, educação dos filhos, etc.). Em caso de eventuais conflitos, isso pode legitimar o recurso a uma entidade externa (em última instância, um juiz). A explícita garantia da igualdade dos cônjuges pela CRP implicou directamente profundas alterações da lei civil pré-constitucional – que assentava no princípio da supremacia conjugal e familiar do marido («chefe de família») – e na restante ordem jurídica, que estabelecia severas discriminações contra a mulher casada em domínios extrafamiliares (direito comercial, direito do trabalho, etc.).”³⁶.

Com efeito, no âmbito do direito da filiação, o princípio constitucional vertido no art.36º, n.º3 da CRP, atinente à igualdade dos cônjuges, assume relevo sobretudo quanto ao «poder paternal», que, tratando-se de filho nascido do casamento, é exercido por ambos os pais (art.º 1901/1 CC).

Ao nível da evolução infraconstitucional acerca das responsabilidades parentais, importa assinalar três importantes marcos que vieram consignar avanços significativos nessa matéria: a Lei nº 84/95, de 31 de Agosto³⁷, que, pela primeira vez, passou a permitir que, em casos de dissociação familiar, os pais pudessem optar pelo exercício em comum do, então denominado, poder paternal. Cerca de quatro anos depois, a Lei nº 59/99, de 30 de junho, veio estabelecer como regime-regra o exercício conjunto do poder paternal, ainda

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª Ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 564.

³⁷ Destaca-se, dessa lei, o seu artigo 2º:

Os artigos 1905.º e 1906.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção: Artigo 1905.º “1 - Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade. 2 - Na falta de acordo, o Tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência. Artigo 1906.º: “2 - Os pais podem, todavia, acordar, nos termos do n.º 1 do artigo anterior, o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio. 3 - Os pais podem ainda acordar, nos termos do n.º 1 do artigo anterior, que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos os pais ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado.”

dependente da vontade dos pais, e como regime subsidiário o exercício unilateral ou singular. Finalmente, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, sobre a qual incidiremos no item seguinte, para além de substituir, como há muito vinha sendo reclamado, a expressão «poder paternal» pela expressão «responsabilidades parentais», veio exigir o exercício em comum das responsabilidades parentais atinentes às questões de particular importância para o filho.

Numa breve incursão pelos aspetos sociológicos da família, salienta-se que, enquanto grupo social, a família é nas modernas sociedades industriais a “pequena família” (família nuclear), ou seja, normalmente, a família conjugal é constituída pelos cônjuges e pelos filhos menores, mas a sua composição é muitas vezes mais ampla: os filhos continuam a viver com os pais mesmo depois da maioridade. A pequena família apresenta-se outras vezes como a família incompleta (exemplo: o cônjuge viúvo e os filhos, a mãe solteira e o filho natural). Como quer que seja, a “grande família” característica da economia agrária, em que os vínculos conjugais se diluíam eclipsando-se a sua individualidade própria, constitui um tipo familiar praticamente desaparecido. Desta forma, ao modelo tradicional de família opõe-se doravante um modelo moderno que tende a substituir-se àquele, frisando-se que os dois modelos se diferenciariam, principalmente, pela diferente conceção dos papéis familiares, assim como pela filosofia do casamento e da família implícita num e noutro modelo. Assim, no modelo tradicional, os papéis familiares (o papel do pai, da mãe, do filho, etc.) são pré-determinados e definidos de maneira rígida, em função do sexo ou da idade das pessoas, enquanto no modelo moderno se admite que os papéis profissionais, doméstico, educativo, etc., devam ser fungíveis entre os cônjuges, podendo ser desempenhados por um ou por outro em função das circunstâncias.

2.3.2. Da eliminação da presunção legal do art.º 1911.º do Código Civil à reforma de 2008

“O exercício conjunto (das responsabilidades parentais), porém, refere-se apenas aos “atos de particular importância”; a responsabilidade pelos “atos da vida quotidiana” cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra. Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais.”
Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X

Neste tópico, pretendemos enfatizar o forte contributo dado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, pela qual foram introduzidas importantes alterações às regras que estabelecem o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores em caso de dissociação familiar. A primeira alteração consistiu, como já desenvolvido anteriormente, na substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais” (artigo 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), acrescentando-se que o conceito de responsabilidades parentais manifesta uma significativa inspiração no conceito derivado da Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais de 28 de fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, definindo as “responsabilidades parentais” como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”³⁸. Na mesma linha seguiu a Convenção sobre os Direitos da Criança³⁹ que consagrou o princípio de que ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança e de que constitui sua responsabilidade nuclear a educação e o bem-estar integral das crianças (artigos 18.º, n.º 1 e 27.º, n.º 2). Igualmente, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança⁴⁰ - celebrada no âmbito do Conselho da Europa em 25 de janeiro de 1996 e que foi assinada por Portugal em 06-03 de 1997- emprega a expressão *responsabilidades parentais* a propósito da titularidade e exercício dos poderes-deveres que integram o poder paternal (artigos 1.º, n.º 3, 2.º, alínea b), 4.º, n.º 1 e 6.º, alínea a), da Convenção).

³⁸ Disponível em: www.coe.int (consultado em 15 maio 2014).

³⁹ Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (consultado em 12 maio 2014).

⁴⁰ Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm (consultado em 11 maio 2014)

Pela lei em apreço, verifica-se uma maior preocupação ao nível das relações entre ambos os pais e os filhos menores, de forma a facilitar a identificação de uma *união parental* diferenciada da união conjugal ou da união marital, sendo que o novo conceito aponta para a necessidade da manutenção desse fundamental relacionamento após a eventual dissolução da união conjugal, já que a realização do interesse da criança surge, com efeito, associada à observância de dois princípios fundamentais: o desenvolvimento harmónico da criança como dependendo necessariamente de ambos os progenitores, não podendo nenhum deles substituir a função que ao outro cabe; as relações paterno-filiais situam-se a um nível diferenciado do das relações conjugais ou maritais. Por outro lado, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro⁴¹, pretendeu implementar uma política mais atual e de maior responsabilidade em relação à família, ou seja, teve em vista uma família participativa e baseada em conceitos de igualdade e de colaboração. Realçamos que a decisão sobre os atos da vida corrente ficará a cargo do progenitor com quem o menor resida ou com quem se encontre temporariamente mas, por respeito pela estabilidade do filho, a liberdade de decisão do progenitor não residente fica condicionada às orientações educativas mais relevantes, tal como se encontram definidas pelo progenitor com quem a criança reside e a que se habituou (artigo 1906.º, n.º 3 do Código Civil). Procurando ainda dar uma solução para as situações de reconstituição familiar (as denominadas *famílias recompostas ou recombinaadas*), o progenitor, a quem incumbe o exercício das responsabilidades parentais respeitantes aos atos da vida corrente, pode efetivá-las ou delega-las, atos esses que podem ser exercidos por qualquer um dos progenitores (artigo 1906.º, n.º 4 CC). Foi também reforçada a tutela penal do incumprimento das decisões judiciais relativas ao exercício das responsabilidades parentais, em especial nas vertentes dos contactos pessoais entre os progenitores e os filhos e da obrigação alimentar (artigos 249.º e 250.º do Código Penal). Assim sendo, perante uma situação de dissociação familiar e independentemente do tipo de união anterior entre os progenitores, o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância da vida do filho constitui o regime-regra previsto nos artigos 1901.º, 1906.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º, CC. Apenas mediante um juízo fundamentado do tribunal (e exclusivamente deste), pode ser entendido, de acordo com o superior interesse da criança, que existem razões para que esse exercício não seja realizado em conjunto e,

⁴¹ Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2008/10/21200/0763307638.pdf> (consultado a 15 maio 2014).

nessa altura, o mesmo é conferido em exclusivo a um dos progenitores (art. 1906.º, n.º 2 CC).

Deste modo, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, as responsabilidades parentais relativas às *questões de particular importância para a vida do filho* passaram a ser exercidas em comum por ambos os progenitores, exceto nos casos previstos no artigo 1906º, n.º 1, CC em que qualquer dos progenitores pode atuar sozinho, mas deverá prestar, o mais rapidamente possível, informação ao outro progenitor.

Quanto ao objetivo que presidiu à Lei em análise, foi:

“[...] promover um maior envolvimento dos pais na vida dos filhos” por se entender que “a separação dos pais não pode nem deve traduzir-se numa separação dos filhos”.⁴² Visou-se, assim, dinamizar o relacionamento das crianças com o progenitor com quem não residem e comprometer este com a vida do filho, tomando parte ativa na mesma. Concomitantemente pretendeu-se eliminar “[...] os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos.”⁴³.

Quanto ao exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho, incumbem ao progenitor que com ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente. Porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (n.º 3 do mesmo artigo). Salientamos que este regime do exercício conjunto do exercício das responsabilidades parentais está circunscrito a um núcleo restrito de aspetos da vida da criança, ou seja, às questões de particular importância. Por outro lado, ao abrigo do artigo 1902.º, n.º 1 CC), caso um dos progenitores execute um ato que faça parte do exercício das responsabilidades parentais, há que presumir que a sua atuação está em conformidade com a vontade outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de ato ou questão de particular importância, não sendo a falta de acordo oponível a terceiro de boa-fé.

Caso o juiz entenda que o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais não acautela os interesses dos filhos ou algum dos outros

⁴² MELO, Helena Gomes et al. **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2ª Ed. Lisboa. Quid Juris, 2010, 135.

⁴³ GUERRA, Paulo & BOLIEIRO, Helena, **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens**. Coimbra. Coimbra Editora, 2009, 165.

acordos não acautela os interesses dos cônjuges, no sentido propugnado pelo Ministério Público ou pelo conservador ou noutro sentido diverso, deve convidar os cônjuges a alterar esses acordos em conformidade com o seu entendimento, justificando as razões porque entende que os acordos devem ser conformados de forma diversa e, conseguindo-o, homologa-os e decreta o divórcio (artigo 1778.º-A, n.º 2 do Código Civil). Porém, se os cônjuges entenderem não dever proceder à alteração dos acordos, o juiz deve fixar as consequências jurídicas do divórcio, determinando a prática dos atos e a produção de prova tida por necessária. Em caso de desacordo entre os pais sobre o exercício das responsabilidades parentais relativas a questões de particular importância, é confiada, por conseguinte, ao juiz a tarefa de o resolver. Assim, a intervenção judicial assume um carácter excecional e subsidiário face ao acordo dos pais, que consiste no modo principal do exercício das responsabilidades parentais. O primeiro requisito para a intervenção judicial exige que se trate de atos ou questões de particular importância. A falta de indicação taxativa por parte do legislador dos atos a considerar nessa categoria exige que a integração concretizadora seja feita pelo juiz ante os factos em causa. A doutrina e a jurisprudência deram um decisivo contributo para a definição das situações que poderão preencher o conceito indeterminado dos *atos e as questões de particular importância* suscetíveis de desencadear uma situação de conflituosidade entre os progenitores e que exija decisão judicial.

Caminhando no sentido da afirmação da posição de igualdade entre progenitores, há ainda que realçar a eliminação da presunção inserta no artigo 1911º, nº 1 e 2 CC, da anterior versão. Com efeito, a Lei nº 61/2008, seguindo de perto a evolução legislativa atinente à proteção da união de facto, veio modificar o então disposto no artigo 1911º CC., uma vez que na anterior redação, esse artigo, no caso de filhos de progenitores não unidos pelo casamento, estipulava que o exercício do poder paternal pertenceria ao progenitor que tivesse a sua guarda, presumindo-se, até prova em contrário, que essa função estaria a ser desempenhada pela mãe. Desta forma, concordamos com a seguinte perspetiva, que acaba por aclarar o fundamento da presunção referida supra:

“Ainda que se quisesse qualificar este normativo como mera norma de suprimimento, isto é, que tutela a situação do menor em casos em que os progenitores não enquadram o seu relacionamento à luz de contrato de casamento [...] não deixava de perpassar do seu conteúdo claro favorecimento da posição materna. A mãe não casada, com tal presunção, não necessitava sequer, ao contrário do pai, de lançar mão de qualquer pedido de regulação do

poder paternal para poder tutelar, junto de qualquer entidade pública ou privada, a sua posição de progenitora guardiã.”⁴⁴.

Com a eliminação da presunção abriu-se flanco ao alargamento do princípio da igualdade, no que respeita ao exercício das responsabilidades parentais, aos progenitores em situação de união de facto, deixando, dessa forma de “[...] no nosso ordenamento jurídico qualquer norma que diferencie a posição jurídica dos progenitores que estão, assim, em absoluta igualdade normativa.”⁴⁵.

Em síntese: como cuidadores da criança, os pais tornam-se, numa posição de igualdade, os principais agentes da sua socialização, a nível comportamental, emocional e de desenvolvimento cognitivo. Isso só é possível se a cada progenitor for permitido exercer de forma fluída os *atos de vida corrente* nos seus devidos tempos. Os atos de particular importância na vida do menor rementem o progenitor não residente para um papel de mero co-decisor de pretensos atos relevantes, sendo que o superior interesse das crianças e jovens será sempre o de poder conviver de forma livre e fluída com ambos os progenitores. Apenas a garantia de tempo e espaço da criança de forma mais igualitária com ambos os progenitores pode garantir, eis o que defendemos, ao menor o seu direito a um desenvolvimento socio-afetivo harmonioso.

Questão pertinente, a qual aventamos a título de situação hipotética, é ainda a seguinte: supondo-se que no âmbito do processo de divórcio por mútuo consentimento, os cônjuges em situação de rutura pretendessem juntar um documento só qual constasse: O(a) nosso(a) filho(a), menor, residirá com a tia materna, que exercerá as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente.

Ora, e desde logo, um acordo de regulação das responsabilidades parentais conexo com o divórcio por mútuo consentimento está, via de regra, sujeito ao regime do art. 1776º-A do CC e do art. 14º, nº 4 e 5., do DL 272/2001, de 13 de outubro. Contudo, a cláusula aventada como hipótese apontaria para uma situação atípica (não contemplada pelo art. 1906º do CC, que organiza a repartição do exercício das responsabilidades parentais *entre pais*), em virtude de se pretende atribuir a terceiro a titularidade de responsabilidades parentais. Não existindo elementos para enquadrar a atribuição na hipótese do art. 1903º *in fine* do CC, poderia suscitar-se a aplicação do art. 1907º do CC, admitindo-se que a

7 MELO, Helena Gomes *et al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2ª Ed. Lisboa. Quid Juris, 2010, 34.

⁴⁵ MELO, Helena Gomes *et al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2ª Ed. Lisboa. Quid Juris, 2010, 35.

referência à atribuição de responsabilidades parentais a terceiro releve enquanto atribuição de *poderes e deveres dos pais*, mantendo estes a titularidade (parcial ou nominal) das responsabilidades parentais. Não obstante, para ser atendível neste sentido, o acordo, pela sua atipicidade (e pelo que se prevê no n.º 3 do mencionado art. 1907º), depende de confirmação/homologação judicial, em vez de mera aprovação pelo Ministério Público.

2.3.3. Exercício conjunto das responsabilidades parentais: evolução, pressupostos e análise crítica

Defendemos que o exercício conjunto das responsabilidades parentais e o sistema de guarda conjunta em caso de divórcio são os mais ajustados, paradigma que está consignado no artigo 1906º do CC, após 2008, apresentando claras vantagens em relação à guarda única, por duas razões principais, a saber: garante mais eficazmente o direito da criança a manter relacionamento com ambos os pais e permite a igualdade de direitos e de responsabilidades entre os pais.

Com efeito, o exercício unilateral das responsabilidades parentais é manifestamente insatisfatório, em virtude dos motivos que doravante elencamos: uma acentuada desigualdade entre os papéis representados pelos progenitores, pois enquanto o detentor da guarda única tinha uma série de prerrogativas – como a fixação da residência da criança; a coabitação com esta; responsabilidades educativas face à criança nos vários domínios; garantia dos cuidados materiais e afetivos imprescindíveis ao desenvolvimento da sua personalidade –, enquanto o progenitor sem a guarda, somente dispunha da titularidade das responsabilidades parentais, conquanto não estivesse autorizado pela lei ao seu exercício e tampouco poderia participar nas decisões de maior importância atinentes à educação da criança; uma situação propiciadora de conflitos entre os progenitores gerando perturbações psicossociológicas desde logo nas relações entre os pais e, conseqüentemente, na própria criança, devindo um mecanismo da luta travada entre os pais; sendo, tradicionalmente, a guarda única atribuída à mãe, esta acabava por ser penalizada, na sequência do divórcio, do ponto de vista económico e via-se não raro compelida a ter de trabalhar a tempo inteiro para fazer face às despesas, ficando deste modo reduzido o seu tempo disponível para cuidar da (s) criança (s), ao passo que o pai, a quem a guarda era comumente negada, se sentia excluído em

relação ao crescimento da(s) criança(s), sendo, por vezes, o sentimento de perda catalisador da diminuição da frequência e até supressão das visitas; a criança via-se, enfim, amputada de metade do seu parentesco.

Foi contra questões complexas e perniciosas como as que, resumidamente, se apresentaram, que o Direito se mostrou permeável ao acolhimento de soluções que lograssem mitigar tal situação insatisfatória:

“Como soluções alternativas ao sistema tradicional surgiam, assim, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ou, num quadro de exercício unilateral das responsabilidades parentais, o alargamento quantitativo e qualitativo dos direitos do progenitor não guardião; um amplo e livre direito de visita, e um direito de consulta e de informação relativamente às questões importantes relativas à pessoa da criança. A possibilidade de cooperação entre os pais, após o divórcio, nasceria, assim, nesta visão optimista, da transformação profunda das relações familiares tradicionais, da banalização do divórcio, de uma cultura centrada nos direitos da criança e de uma sociedade de tendências igualitárias.”⁴⁶.

Salientamos igualmente que esta modalidade de exercício conjunto vai ao encontro da necessidade da manutenção de relacionamento da criança com ambos os progenitores após a dissolução da união conjugal⁴⁷.

Coube à Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, o mérito de estabelecer como regime regra do exercício das responsabilidades parentais, mesmo depois de uma situação de dissociação familiar, o exercício conjunto quanto às questões de particular importância na vida do filho. Deste modo, independentemente do tipo de união anterior entre os progenitores (casamento, união de facto ou mesmo sem qualquer união conjugal ou marital), o exercício das responsabilidades parentais é exercido em conjunto por ambos (artigos 1901.º, 1906.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º, todos do CC). Não obstante, mediante um juízo fundamentado do tribunal (e só deste), pode ser entendido, de acordo com o superior interesse da criança, que existem razões para que esse exercício não seja realizado em conjunto e, nessa altura, o mesmo é conferido em exclusivo a um dos progenitores (artigo 1906.º, n.º 2 do CC). Abandonando o legislador o conceito

⁴⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, 213.

⁴⁷ Essa ideia encontra-se claramente plasmada no Princípio 3º: 10 respeitante ao efeito da dissolução e separação, nestes termos: “Parental responsibilities should neither be affected by the dissolution or annulment of the marriage or other formal relationship nor by the legal or factual separation between the parents.” In: PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW REGARDING PARENTAL RESPONSIBILITIES <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo50.pdf> (Consultado em 23 de julho 2013).

de “guarda da criança”, adota a ideia de residência do filho, valorizando-se, para a sua determinação pelo tribunal, não apenas o acordo dos progenitores, mas igualmente a disponibilidade que cada um deles eventualmente manifeste para promover relações habituais do filho com o outro progenitor (artigo 1906.º, n.ºs 5 e 7 do CC). Destaco que contra esta alteração legislativa aqui em apreço se insurgiu a Associação Portuguesa das Mulheres Juristas⁴⁸.

Segundo Guilherme de Oliveira:

“O exercício conjunto das responsabilidades parentais é imposto apenas quanto às questões de particular importância, deixando-se a decisão exclusiva dos atos da vida corrente para o progenitor com quem o filho se encontra. As questões de particular importância serão sempre acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança pelo que os progenitores apenas terão que cooperar episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, os chamarão à responsabilidade de pais e à contenção necessária para essas ocasiões.”⁴⁹.

Sufragamos a perspetiva segundo a qual o principal desiderato desta Lei foi afinal “promover um maior envolvimento dos pais na vida dos filhos” por se entender que “a separação dos pais não pode nem deve traduzir-se numa separação dos filhos”⁵⁰. Com esta alteração sob análise foi dado um passo muito importante rumo ao estreitamento da relação das crianças com o progenitor com quem não residem, ao mesmo tempo que se pretendeu evitar “[...] os efeitos perversos da guarda única,

⁴⁸ Eis os argumentos aduzidos por essa Associação: “A Associação Portuguesa de Mulheres Juristas quer recordar ter sido, juntamente com a Dr.ª Maria Saldanha Pinto Ribeiro, a proponente da alteração legislativa que introduziu na lei portuguesa o regime da responsabilidade parental conjunta – o impropriamente chamado regime da “guarda conjunta”- pelo que, reafirmando o que, a este propósito, então já explanara, entende não ser uma opção realista supor que a maior parte dos pais têm a capacidade de cooperação necessária para executar o exercício conjunto das responsabilidades parentais. Pais preparados para tal função constituem casos excepcionais, e fazem-no, independentemente do que diga a lei, pois a família rege-se por critérios de auto-regulamentação. A lei relativa às responsabilidades parentais dirige-se à população divorciada em conflito, e para estes pais, é contraproducente impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais, pois tal é dar-lhes mais instrumentos para perpetuar o conflito, com prejuízo para as crianças, que experimentam conflitos de lealdade, angústias, depressões, desejos de fuga, enurese nocturna, insucesso escolar etc. O exercício conjunto das responsabilidades parentais, conferindo aos homens igualdade de direitos sem a correspondente igualdade de deveres significa, na prática, um retorno ao patriarcado, na medida em que exige que as mulheres peçam autorização aos ex-maridos para a tomada de decisões em relação aos filhos, tal como o sistema que vigorava, antes da reforma de 1977. O carácter indeterminado da noção «actos de particular importância» consiste também num factor de litígio e de incerteza jurídica.” In: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo51.pdf> (Consultado em 23 julho 2013). Contra este Parecer, destaca-se a posição da Associação Pais Para sempre.

⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”. In: **Revista Lex Familiae**, Ano 7, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁵⁰ MELO, Helena Gomes de et. al., **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2.ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2010, 135.

nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos.”⁵¹.

As principais vantagens associadas ao exercício conjunto das responsabilidades parentais e à guarda conjunta que se elencam são, em síntese, as que de seguida enumeramos:

- (1) Contacto com ambos os pais, que mitiga o sentimento de perda associado à separação;
- (2) Perturbação da criança em larga medida dirimida em virtude de não ter de optar por um dos pais em detrimento do outro;
- (3) Desenvolvimento da criança mais diversificado e completo;
- (4) Convivência com os papéis feminino e masculino, materno e paterno;
- (5) Maior quantidade de tempo do progenitor com o filho e maior qualidade do mesmo, pois envolve uma coabitação com cada um, numa interação diária que permite uma proximidade e maturidade das relações;
- (6) Maior cooperação, confiança e comunicação entre os progenitores que se reflete positivamente na criança;
- (7) Evita o afastamento do progenitor não-guardião;
- (8) Evita a fadiga psicológica e emocional do guardião, devido à divisão das responsabilidades.

Não obstante, os que se insurgem contra a guarda conjunta invocam, entre outros, os seguintes argumentos: quando ela implica a alternância de residência, gera na criança elevados níveis de ansiedade e instabilidade; é potenciadora de ardis manipulativos por parte dos pais.

Há também quem duvide da eficácia do efeito pedagógico de uma norma que fosse permissiva da imposição do exercício conjunto do poder paternal e advogue a existência de um desfasamento entre o escopo legal na matéria da regulação do poder

⁵¹ BOLIERO, Helena e GUERRA, Paulo, **A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 165.

paternal e a realidade, a ponto de considerar que “o exercício conjunto do poder paternal potencia uma igualdade de direitos entre os pais sem uma igualdade de deveres e de responsabilidades.”⁵² Esta é a posição de Maria Clara Sottomayor, sintetizada da seguinte forma:

“O efeito educativo de uma norma que permitisse a imposição do exercício conjunto do poder paternal ou que o consagrasse como princípio regra, na prática, seria nulo, pois, pais que opõem os interesses dos filhos acima dos seus e que se conseguem entender após a separação para educarem em conjunto os filhos, fazem-no, e sempre o fizeram, independentemente do que diga a lei. Nesta matéria da regulação do poder paternal há uma discrepância entre a ideologia da igualdade entre os sexos subjacente à lei e a realidade. Enquanto na prática não se realizar esta igualdade na repartição de tarefas, na constância do casamento, e enquanto subsistir o fenómeno da violência familiar, o exercício conjunto do poder paternal produz efeitos negativos para a criança e para as famílias monoparentais. A adesão ou simpatia que esta solução possa gerar está mais relacionada com a convicção de cada pessoa relativamente aos papéis sexuais e ao que deve ser o comportamento correcto dos pais no momento do divórcio do que com as reais potencialidades das relações entre os pais após o divórcio.”⁵³.

Há ainda que referir que a alteração introduzida no art. 1906º do CC deve conjugar-se com os preceitos da Organização Tutelar de Menores atinentes aos processos de regulação das responsabilidades parentais, os quais não foram revogados pela lei 61/2008 e, ademais, com as normas referentes aos processos de divórcio por mútuo consentimento.

Dessa conciliação de disposições normativas, inferimos que o fundamento da imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais determina tão-somente que, nas situações em que um dos progenitores o solicita contra a vontade do outro, incumbe aos juízes averiguar qual é, no caso concreto, a solução mais ajustada para a criança, podendo, com efeito, determinar a imposição de tal exercício conjunto ou então deliberar no sentido do exercício unilateral.

Neste aspeto, é preciso ter ainda em conta o preceituado no art. 1906º, nº2 CC, à luz do qual é possível que os juízes determinem o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, desde que o exercício conjunto se afigure como adverso ao interesse da criança – conquanto e a desfavor da técnica legislativa a utilização desse conceito indeterminado possa gerar decisões com pouca solidez- e que a determinação judicial seja devidamente fundamentada.

⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Exercício do poder paternal nos casos de divórcio”. In: **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 160.

⁵³ *Ibidem*, p. 161.

Ainda assim, no âmbito do direito internacional, o interesse da criança ou do jovem é também fortemente enfatizado, designadamente na base da Declaração dos Direitos da Criança em que se refere que “a criança deve beneficiar de uma proteção especial a fim de se poder desenvolver de uma maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”⁵⁴.

Ora, a concretização deste princípio está presente, nomeadamente, nos artigos 1901.º, n.º 2, 1981.º, n.º 1, alínea *a*), 1984.º, alínea *a*), todos do CC, 4.º, alínea *i*), 10.º, 58.º, alínea *g*), 84.º, 104.º, n.º 1, 107.º, n.º 1, alínea *a*), e 112.º, todos da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, 45.º, n.º 2, alínea *a*), 47.º, n.º 1, 77.º, n.º 1, 96.º, 98.º, 101.º, n.º 2, alínea *a*), 104.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), 131.º, n.º 2, e 171.º, n.º 3, alíneas *j*), e *n*), todos da Lei Tutelar Educativa.

A prática judiciária que tende a manter a criança afastada do litígio, a menos que a sua audição seja imprescindível, revela-se desconforme com as regras e princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, do Regulamento CE n.º 2201/2003 - suscitando inclusive problemas de reconhecimento das decisões junto de autoridades judiciárias estrangeiras - e de muitas disposições da lei ordinária, razão pela qual a regra processual tem que ser, por conseguinte, a da audição da criança, através da convocação para a conferência de pais, a audição em diligência judicial especialmente agendada ou por solicitação de audição a organismo de avaliação social ou psicológica.⁵⁵

Do artigo 1906º, nº 1 CC não resulta a inclusão da residência alternada, dado que somente refere a tomada de decisões especialmente importantes para a vida da criança, o que do ponto de vista de Maria Clara Sottomayor

“ [...] não pacifica os conflitos, pois trata-se de um conceito indeterminado, cujo conteúdo assume fronteiras fluídas e variáveis, consoante os costumes de cada família concreta, as necessidades de cada criança e a orientação dos Tribunais.”⁵⁶.

⁵⁴ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html> (consultado em 9 maio 2014).

⁵⁵ Esse ponto de vista é igualmente advogado por MELO, Helena Gomes *et al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. Lisboa: Quid Juris, 2.ª edição, 2010, 38.

⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, 275.

Outro elemento a salientar neste contexto concerne à fixação da residência (questão a que voltaremos mais adiante), na medida em que é imperioso regulá-la nas situações em que os progenitores não vivem juntos ou estão em desacordo em relação à vida dos filhos.

Em termos de residência, esta pode ser fixada junto do pai, da mãe ou junto de ambos, em tempos alternados.

Inexiste, no entanto, um preceito no Código Civil que, de maneira expressa, mencione a designada residência alternada. Por essa razão, alguns autores têm advogado que se o legislador não procede à estipulação, então torna-se possível, interpretar esse silêncio da lei como um afastamento dessa alternativa na determinação da residência da criança, alternadamente, com o pai e com a mãe, assim se arrimando o legislador na previsão estabelecida no n.º 3 do artigo 1906.º do CC que estabelece que é o progenitor residente que estabelece as orientações educativas mais relevantes da criança pelo que, havendo alternatividade na residência da criança, não seria possível afirmar quem define essas orientações educativas mais relevantes.

Face ao que vimos expondo, consideramos que a grande inovação do novo regime é a de que, apesar de a criança ficar a viver com um dos progenitores, ambos passarem a dispor, em comum, de um acervo de poderes-deveres ou de responsabilidades, porquanto ficam vinculados na obrigação de decidir os aspetos nucleares da vida daquela criança e que o legislador denominou, como referido supra, *atos ou questões de particular importância*.

De facto, no regime anterior à Lei n.º 61/2008, designadamente o da reforma do Código Civil de 1977, não era o que se encontrava vigente, na medida em que apenas por intermédio de um acordo prévio entabulado entre os progenitores é que o exercício do poder paternal advinha como conjunto.

Ora, a principal mudança entretanto consagrada foi, afinal, a que manda que o exercício das responsabilidades parentais seja realizado por ambos os progenitores, cabendo, por sua vez, ao tribunal, mediante uma decisão devidamente fundamentada, a faculdade de decidir no sentido de que tal exercício seja confiado a um único progenitor, sempre e justamente que o superior interesse da criança o recomende (artigo 1906.º, n.º 2 do CC).

Não obstante as críticas doutrinárias, as quais já se procurou chamar à colação, não consideramos haver nesta questão uma excessiva intervenção do Estado no seio da família, no sentido em que a Lei em apreço visa, eminentemente, assumir uma natureza de escopo pedagógico, com contribuições da comunidade internacional e da regra de ouro segundo a qual a criança necessita das contribuições de ambos os progenitores.

Por conseguinte, ao abrigo do regime vigente os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo. Contudo, na eventualidade de essa situação ideal for manifestamente inviável, qualquer um dos progenitores dispõe, no que respeita às questões de particular importância, da faculdade de procurar por via judicial uma conciliação. Ainda assim, se também esta se revelar impossível, terá o tribunal, após audição do(a) filho(a), de dirimir e resolver o conflito, a não ser que salvo circunstâncias ponderosas não recomendem tal audição, conforme preceituado no artigo 1901.º, n.º 2, CC).

Já no que respeita, ao exercício das responsabilidades parentais relativo aos atos da vida corrente (atos da vida quotidiana) são da competência do progenitor com quem a criança resida quotidianamente ou com quem esteja temporariamente, esteja vedado ao progenitor não residente ir contra as orientações educativas mais importantes decididas pelo progenitor residente (artigo 1906.º, n.º 3 CC).

Desta forma, Cada progenitor atuará de maneira livre caso o outro progenitor não se oponha, transitando-se assim de um quadro de gestão conjunta para um domínio concorrencial, favorecedora da iniciativa pessoal do progenitor que se mostre mais diligente. Contudo, é preciso enfatizar que a presunção de consentimento, de acordo, só será operante no que diz respeito à prática de atos da vida corrente, dado que relativamente aos atos de maior importância, a lei obriga sempre à intervenção de ambos os progenitores, em conformidade com o artigo 1902.º, n.º 2, CC.

Em síntese: antes da lei nº 61/2008, o exercício do poder paternal incumbia normal e exclusivamente a um dos progenitores e sobretudo às mães⁵⁷, visto que o

⁵⁷ Procurando explicar a razão por que tal sucedia e também os fatores conducentes à mudança de paradigma, considera SOTTOMAYOR, Maria Clara: “ A preferência materna representa, assim, um triunfo do laço emocional da criança com o progenitor que cuida dela no dia-a-dia sobre critérios patriarcais [...] Contudo, na última década, na jurisprudência publicada, registam-se mudanças significativas, sendo a preferência materna contestada pela classe média urbana que pretende introduzir, na sociedade, um conceito de família em que não haja papéis sexuais pré-definidos. Veja-se, a este propósito, o aparecimento de associações de pais divorciados, defendendo os direitos dos homens nas ações de regulação do poder paternal. No mesmo sentido, surgem decisões que confiam a guarda de

exercício conjunto exigia um acordo de ambos os pais, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público, sendo que a regra passa, a partir daquela Lei, a ser a do exercício em comum das responsabilidades parentais pelos pais, independentemente da existência ou inexistência de acordo dos pais no sentido do exercício conjunto, motivo pelo qual o novo sistema tem sido contestado, justamente por haver prescindido do acordo e ainda por não ter optado pela denominada «guarda alternada» que viria diminuir os focos de conflituosidade no sentido em que tal mecanismo permitiria, nos períodos alternados de custódia, que cada progenitor supervisionasse autonomamente a educação dos filhos.

Ora, como procurámos aclarar, o princípio do exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais acarreta que ambos os pais exerçam em comum as responsabilidades parentais em matérias de especial relevância para a vida da criança, sendo que, a um dos progenitores, aquele com quem a criança reside habitualmente, incumbe de maneira exclusiva o exercício das responsabilidades parentais referentes aos *atos da vida corrente do menor*, tal como consta do art. 1906º n.ºs 1 e 3 CC. Todavia, há que realçar o artigo 1906º, n.º 2, CC, atestando-nos que o protótipo do exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais não se afigura como inescapável para pais que nunca viveram juntos ou que se tenham separado, já que, como se lê nesse artigo: “Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para o filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades devem ser exercidas por um dos progenitores”, inferindo-se, pois, a admissão do exercício unilateral das responsabilidades parentais.

De forma breve, enumeram-se as alterações legislativas conducentes à imposição do exercício comum das responsabilidades parentais respeitantes às questões de particular importância para a vida dos filhos, tal como configurada na Lei nº 61/2008, de 31 de outubro:

- Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro: determinação da igualdade entre os pais (do poder exclusivo do pai à autoridade conjunta do pai e da mãe) e institucionalização da vertente funcional do «poder paternal» enquanto poder-dever;

- Lei nº 84/95, de 31 de agosto: veio tornar exequível, em caso de dissociação familiar, os pais optarem pelo exercício comum do poder paternal;

- Lei nº 59/99, de 30 de junho: estabelecimento como regime-regra do exercício conjunto do poder paternal e como regime subsidiário o exercício unilateral ou singular, ficando esse regime-regra dependente do prévio acordo dos pais e, assim, abolição do princípio do exercício unilateral do poder paternal, tornando-o numa solução excecional.

Acrescentamos que a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais pressupõe uma exigível capacidade de negociação, assim como de cooperação entre os progenitores. Por outro lado, frisamos a valorização, quanto à determinação da residência da criança, da disponibilidade manifestada por cada um dos pais de modo a promover relações habituais da criança com o outro progenitor.

Foi, por conseguinte, salientado neste item: o exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio tem o seu paradigma desenhado – e com o qual concordamos pelos argumentos aduzidos- no artigo 1906º CC, após 2008 em face do qual consideramos que não pode ser atribuída à figura primária de referência; há que necessariamente ter em conta os princípios da promoção, continuidade e audição do menor. Em virtude da regra ínsita no artigo 1906º nº 1 (cfr. n.º 2), as questões de particular importância para a vida da menor são da competência de ambos os progenitores, salvo urgência manifesta. Face ao circunstancialismo da rutura conjugal, há que prever o direito de visitas do outro progenitor (art.1906º n.º 7 CC); sendo que prover ao sustento e educação não pode caber apenas a um dos progenitores, por violar os artigos 1878º e 1885ºCC. Em consonância com o artigo 1882º CC, as responsabilidades são irrenunciáveis. Quanto à tramitação de um eventual acordo estipulado pelos progenitores, deverá ser apresentando no processo juntamente com outros acordos exigidos e com o requerimento de divórcio na Conservatória do Registo Civil, em caso de divórcio por mútuo consentimento (art.1775º n.º 1, em especial a al. b) CC). Somente não seria assim se os pais não chegassem a acordo quanto a algum dos acordos previstos no 1775º n.º 1 CC, caso em que o processo teria de ser apresentado no tribunal (art.1778ºA CC). No primeiro caso, o acordo seria enviado ao Ministério Público junto do tribunal de 1ª instância competente para que se pronunciasse no prazo de 30 dias – (art. 1776ºA n.º 1 CC). Ao Ministério Público incumbe considerar se o acordo acautela devidamente os interesses da menor, e, em caso contrário, os

requerentes poderiam ou alterar o acordo em conformidade com as indicações do Ministério Público ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público (art.1776º-A n.º 2 CC). Caso o MP considere que o acordo acautela devidamente os interesses do menor, incumbe ao Conservador convocar os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais para o divórcio e aprecia os demais acordos e estando tudo conforme, decreta o divórcio (art. 1776º.CC) Se os requerentes não se conformarem com as alterações indicadas pelo MP, o processo é remetido para o tribunal (art.1778º CC), encontrando-se a tramitação especificamente regulada no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro.

Finalizamos esta secção, citando o seguinte trecho do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (de 13 de janeiro de 2009⁵⁸):

“O exercício das responsabilidades parentais deve, tanto quanto possível, envolver ambos os progenitores. Só uma atitude de cedência perante os ressentimentos que os divórcios, muitas vezes, deixam, é que pode justificar que se aceitem como boas regulações do poder paternal que implicam o «apagamento» de um dos progenitores, quando tudo deve ser feito para que a separação dos pais tenha a menor incidência na vida dos filhos menores, por forma a que não se sintam privados de qualquer deles. Resulta do art. 1906º, 1, do Cód. Civil, uma clara preferência pelo exercício conjunto do poder paternal, tendo em conta «um determinado grau de modernidade e de redução dos conflitos matrimoniais à escala real, em ordem à obtenção de um bem maior, que é a resolução a dois dos problemas dos filhos (cfr. o Ac. RP, de 16-11-1999, CJ, Ano XXIV, Tomo V, p. 191), ideia que foi reforçada com a redacção que lhe veio a ser dada pela Lei nº 61/2008, de 31/X.”

⁵⁸ In: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/b0ea61db33e07a2e8025754400528091?OpenDocument> (Consultado em 24 de julho 2013).

CAPÍTULO II

CONJUGALIDADE E CONFLITOS: O PROCESSO DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

1.0 critério legal de decisão em matéria da residência da criança e direitos de visita

1.1.Forma de processo e modalidades de atribuição da residência

A questão preferencial e norteadora desta abordagem do critério legal de decisão no que tange à residência da criança e aos direitos de visita é a seguinte: Como é que se processa, na prática, a responsabilidade e participação ativa e conjunta, exercida por ambos os pais, quanto à residência da criança, dado que os progenitores deixaram de viver em comum? Ou, noutros termos: de que modo se efetiva a guarda conjunta (de ambos) os progenitores?

Ora, no âmbito da guarda conjunta, e diferentemente da guarda alternada, (também por essa razão se dá, neste estudo, preferência àquela) ocorre apenas a mudança de um ambiente físico determinado. Contudo, persiste uma continuidade dos projetos e decisões concertadas, em que ambos os progenitores compartilham e se comprometem no acompanhamento da criança e potenciação do seu melhor desenvolvimento, não obstante o fim da relação que existia entre os pais. Desse modo, surge manifestamente facilitado o são e equilibrado desenvolvimento do menor, em virtude de existir uma aproximação que mitiga, de forma significativa, a conflitualidade nas relações, assim como faculta o diálogo sobre o que de mais relevante concerne à vida das crianças, como preceituado nos n.ºs 1 e 3 do artigo 1906º do CC.

Importante neste contexto é ainda chamar à colação a alteração introduzida pela Lei 61/2008 da noção de guarda pela noção de residência (art. 1906º CC) e referir também que o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais é de jurisdição voluntária, significando que o Tribunal não se encontra submetido a critérios

de legalidade estrita, antes decidirá ponderando a solução que se apresentar como a mais conveniente, sendo as decisões pautadas pelo princípio da modificabilidade das mesmas (nos termos do artigo 150.º da O.T.M.). Além disso, o regime fixado pode sempre ser modificado no que respeita às questões atinentes ao exercício das responsabilidades parentais (como sejam: residência da criança, relações pessoais com o progenitor não residente e a fixação do montante dos alimentos a cargo deste) mas, enquanto não o for, ambos os pais ficam adstritos ao seu estrito cumprimento, podendo ser condenados em multa ou indemnização em caso de incumprimento (artigo 181.º, n.º 1 da O.T.M.)

Aquando da determinação da residência do menor, valoriza-se a disponibilidade revelada por cada um dos progenitores, de maneira a facilitar relações afetivas, de forma regular, dos filhos com o outro progenitor⁵⁹, assim se assumindo que as responsabilidades parentais se afiguram como partilhadas por ambos os progenitores, independentemente da residência dos filhos.

Firmada a prevalência do interesse da criança, no domínio processual, nos termos do artigo 150.º da O.T.M., o processo de regulação das responsabilidades parentais constitui um processo de jurisdição voluntária, no qual incumbe ao Tribunal proferir um juízo de oportunidade face aos interesses em causa, estando na disposição do Tribunal a investigação livre, a recolha de provas, a ordenação de inquéritos ou a recolha de informações relevantes (artigo 1409º do Código do Processo Civil).

A sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais tem a estrutura formal de uma sentença cível (artigos 180.º da Organização Tutelar de Menores e 653.º, n.º 3, 659.º e 660.º, todos do Código de Processo Civil, com as devidas adaptações, atendendo à natureza de jurisdição voluntária desta providência e o objeto que visa definir), englobando o relatório (exposição historiada, mas concisa dos termos da providência), o saneamento do processo, as questões a resolver, a fundamentação de facto (enumeração dos factos provados), a fundamentação de direito e o dispositivo (fixando a residência da criança, o exercício das responsabilidades parentais, a determinação dos contactos pessoais com o progenitor não residente e a fixação da obrigação de alimentos a cargo deste). A decisão que estabelece o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores deve proceder à determinação da

⁵⁹ “ O princípio da igualdade dos progenitores, o superior interesse da criança, e a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, constituem princípios basilares a observar, no que respeita à determinação da residência.” RAMIÃO, Tomé d’Almeida, **Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa**. 10ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2012, 126.

residência dos menores com um dos progenitores, com terceira pessoa ou, em última instância, do estabelecimento de educação e assistência. Além disso, faz parte do escopo de tal sentença estabelecer o regime de convívio e de visitas para o progenitor não residente, a menos que, exceccionalmente, o interesse da criança não fique garantido pela determinação da obrigação de alimentos a ser cumprida pelo progenitor não residente. Sobre esta matéria agora exposta, remete-se para os artigos 180.º da Organização Tutelar de Menores e 1905.º, 1906.º, 1907.º, n.º 3, 1911.º, 1912.º e 1918.º, todos do Código Civil.

Uma vez definidas as responsabilidades parentais, cabe ao Tribunal, portanto, determinar a residência dos filhos, sendo de frisar, que em virtude da Lei n.º 61/2008 e perante a instituição do regime regra do exercício em comum das responsabilidades parentais (mesmo que restritas, como esclarecemos antes, às questões de particular importância), concordamos com a seguinte perspetiva:

“ [...] o atributo da determinação da residência perde algum peso, em contraposição com a noção de guarda que [...] englobava, também, o exercício do poder paternal.”⁶⁰.

Assim sendo, realçamos que o critério subjacente à prevalência do acordo dos pais (que seria o desejável embora, infelizmente, tal não suceda) no que toca à determinação da residência do menor. O segundo critério legal – respeitante à disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores – traduz o princípio do progenitor que melhor dá garantias de promoção das relações da criança com o outro progenitor⁶¹.

⁶⁰ MELO, Helena Gomes, RAPOSO, João Vasconcelos, BARGADO, Manuel do Carmo *et. al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 63.

⁶¹ Manifesta-se concordância com a seguinte análise nesta sede: “ Trata-se de uma inovação fundamental que impõe, para além do mais, alguma contenção ao progenitor com quem o menor passe a residir habitualmente. Sucedia com frequência, que o progenitor a quem era atribuída a guarda sentia um poder ilimitado no que respeitava às questões do filho, obstaculizando reiteradamente a intervenção do outro progenitor na vida deste, mais concretamente, inviabilizando o regular exercício de visita. Em face desta realidade, a aplicação deste critério, para além de poder sustentar a alteração da determinação da residência, por efeito da interferência do progenitor com quem o menor reside habitualmente com os direitos de visita do outro, permite, ainda, ao tribunal, a partir dos elementos de facto de que tenha conhecimento, aperceber-se, por exemplo, do grau de hostilidade de um dos progenitores em relação ao outro [podendo mesmo configurar uma situação de alienação parental, a que se voltará mais adiante neste estudo] que lhe faça antever, com relativa segurança, que aquele progenitor, se passar a residir com o filho, porá obstáculos à relação deste com o outro e, assim, sustentar, à partida, a determinação da residência do filho com outro progenitor.” MELO, Helena Gomes, RAPOSO, João Vasconcelos, BARGADO, Manuel do Carmo *et. al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 68.

Parece, em síntese, clara que, da conjugação dos n.ºs 3 e 5 do artigo 1906.º do Código Civil, a vontade do legislador em que o menor fique a residir com um dos pais, beneficiando o outro de regimes de visitas. Isto em nome da aludida estabilidade de vida do menor, uma vez que urge ter sempre presente que a finalidade dos normativos legais acerca da regulação do «poder paterna» é, sobretudo, proteger a criança e a estabilidade da sua relação afetiva com os progenitores.

Neste âmbito, não é despidiendo assinalar este ponto de vista crítico, o qual vai no sentido de propugnar a necessária abordagem casuística como o melhor parâmetro aferidor e concretizador da regulação em causa:

“As recentes reformas relativas ao exercício conjunto do poder paternal estão muito centradas em pontos de vista idealistas sobre o tipo de família que o poder político quer promover do que no interesse da criança. Nas acções de regulação do poder paternal, o factor decisivo não é a concepção de família do juiz ou do legislador mas o interesse concreto da criança, determinado de acordo com a estrutura concreta em que está inserida. O juiz deve, portanto, considerar o comportamento passado dos pais em cada família relativamente ao cuidado diário da criança. As mudanças sociais sobre a igualdade nos papéis sexuais devem aparecer primeiro durante o casamento para assumirem peso após o divórcio nas decisões de guarda dos filhos e nas formas de guarda escolhidas.”⁶².

Ora, a estipulação da residência do menor acarreta a designação do progenitor que passará a estar incumbido do exercício das responsabilidades parentais atinentes aos atos da vida corrente do(s) filho(s). Essa é a razão pela qual tal estipulação da residência conduz, inevitavelmente, tal como sucedia com a atribuição da guarda, a um ponderado juízo sobre as capacidades e restantes condições do progenitor com quem o menor passará a residir, já que, naturalmente, a convivência e os cuidados de natureza corrente com esse progenitor, não deixará de requer deste uma muito maior disponibilidade e, simultaneamente, capacidade. Daí que seja essencial ter presente o preceituado no artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil, onde o legislador enumera expressamente, conquanto a título apenas exemplificativo, dois novos elementos que não poderão deixar de ser considerados pelo Tribunal, a saber: o eventual acordo dos pais e a disponibilidade que cada um dos progenitores manifeste para dinamizar relações de proximidade, não esporádicas mas, outrossim, habituais do menor com o outro progenitor. Invocando o

⁶² SOTTOMAYOR, Maria Clara, “ Exercício do poder paternal nos casos de divórcio”. **O Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 161-162.

acervo doutrinal e jurisprudencial sobre esta matéria, Maria Clara Sottomayor⁶³, elenca alguns subcritérios consubstanciadores do critério por excelência do interesse do menor, no que respeita à residência deste: a presunção ou preferência maternal e a «tenra idade» do filho; a preferência do menor; a não separação dos irmãos; a qualidade e a consistência das relações afetivas da criança com os progenitores; a capacidade educativa dos pais e a continuidade das relações da criança.

No que tange à determinação do progenitor a quem é atribuída a guarda, ela pode efetivar-se de duas formas: por acordo dos pais ou por via de uma decisão judicial. Ainda assim, segundo artigos 1905.º e 1906.º os acordos dos pais, seja relativamente a alimentos, visitas ou à fixação de residência, deverão ser controlados pelos tribunais e caso o Ministério Público ou o Juiz recusem o acordo dos pais estão obrigados a fundamentar a decisão, sendo os casos paradigmáticos que fundamentam um controlo judicial aqueles que se reportam à residência alternada, mas igualmente, de acordo com Maria Clara Sottomayor, igualmente os acordos que consagram a guarda conjunta devem ser merecedores de um especial controlo:

“[...] a fim de se verificar se tais acordos constituem um processo de evitar uma decisão difícil quanto à guarda do/as filhos/as, se os pais são sinceros na opção que fizeram ou se utilizam a guarda conjunta para obterem vantagens financeiras e não devido a um empenhamento sério na educação dos/das filhos/as. Quanto aos acordos de alternância de residência, salvo casos excepcionais, não devem ser permitidos, sobretudo tratando-se de crianças em idade pré-escolar. Caso se trate de filhos/as adolescentes, estes deverão ser ouvidos pelo tribunal quanto à conveniência do acordo.”⁶⁴.

1.2. A mediação familiar

A mediação familiar afigura-se, defendemos, como um relevante contributo para a promoção da relação entre pais em situações de rutura ou desacordo, havendo que enfatizar a sua mais-valia em termos de complementaridade. Isto porque, cada vez mais se valoriza o papel subsidiário e excecionalmente supletivo do Estado na resolução das questões familiares incidentes na separação ou divórcio, ou seja, assiste-se, com efeito, a uma tendência crescente para uma desjudiciarização de tais matérias. Conforme advoga António Farinha:

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Regulação do Exercício das responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio**. *Op. Cit.*, 2011, 98-146.

⁶⁴ IDEM, 32-33.

“Em caso de dissociação familiar, afirma-se, claramente, a preferência legal pela resolução consensual e, na medida do possível, extrajudicial das questões familiares fundamentais.”⁶⁵.

Com efeito, entrevemos, na mediação familiar uma valiosa via alternativa e complementar à via judicial na resolução de conflitos, onde a ajuda de um terceiro imparcial poderá despoletar competências relacionais importantes com vista ao encontro das melhores e mais ponderadas soluções para os dissensos, designadamente aqueles que se prendem, de forma especial, com a pensão de alimentos e com o regime de visitas. Trata-se, assim, de um contributo tendente a evitar ou mitigar os confrontos judicializados, mormente no que respeita ao exercício das responsabilidades parentais, no âmbito do qual não deixam de proliferar variegadas situações de incumprimento.

Salientamos que a Lei relativa ao regime jurídico do divórcio (a já citada Lei nº61/2008 de 3 de outubro), estipula, de modo expresso, a necessidade da comunicação do casal em situação de rutura e menciona a importância da mediação familiar. Esta visa, sobretudo, contribuir para a manutenção dos papéis dos pais, enquanto referenciais axiais para o bem-estar da criança, pretendendo assegurar a continuidade das relações paterno-filiais e de coparentalidade, para tanto promovendo entendimentos suscetíveis de garantirem os interesses das crianças.

Acrescentamos que a mediação familiar nos convoca para um novo paradigma passível de ser denominado como uma justiça de proximidade, pelo que concordamos com a perspetiva seguinte:

“[...] a mediação familiar permite a identificação e a ponderação de todos os desejos e necessidades dos interessados e da família, facilita a adoção de soluções criativas adaptadas à situação específica de cada um e às dinâmicas familiares e permite preencher e concretizar conceitos jurídicos indeterminados como «interesse do menor» ou «interesse do cônjuge» que constituem limites das intervenções judiciais de proximidade e condição da desjudiciarização. Na realização destes objetivos, a mediação familiar apoia-se e desenvolve-se [...] no reforço da capacidade de comunicação e de autodeterminação dos interessados.”⁶⁶.

Em síntese: defendemos o contributo muito importante da mediação familiar nos casos de rutura conjugal, sendo que o processo mais eficaz será o da mediação global, ao permitir, simultaneamente, a resolução dos litígios atinentes às responsabilidades parentais, à partilha de bens e alimentos. Por outro lado, mesmo no âmbito dos

⁶⁵ FARINHA, António, “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais”. **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001,193.

⁶⁶ *Ibidem*, 194.

processos judiciais instaurados por mútuo consentimento, ou ainda nos de divórcio ou separação, como também o exercício das responsabilidades parentais, consideramos que a mediação prévia é relevante. Além disso, o pressuposto da subsidiariedade da intervenção judiciária na resolução dos litígios familiares, permanece válido quando o acordo entre as partes não seja inviável, pelo que “Mesmo no decurso do processo judicial, a mediação familiar é, por isso, uma alternativa possível.”⁶⁷. Referimos ainda que a Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, consagra expressamente a mediação familiar enquanto procedimento de intervenção valioso e, em jeito de balanço, constituem notas típicas da mediação as ideias de processo, de terceiro e da solução consensual, com as quais se connexionam necessariamente as ideias de imparcialidade e de neutralidade do terceiro, de voluntariedade de participação e de comunicação assistida entre as partes, caracterizando-se, pois, a mediação, por um procedimento formal específico, traduzido em contactos ou encontros organizados pelo mediador para restabelecer uma comunicação funcional entre as partes para que consigam encontrar a solução mais adequada em favor dos filhos.

1.3.A posição jurídica do progenitor a quem a criança não foi confiada

1.31. O direito de visita e sua tutela

Em situações em que a guarda não é atribuída a um dos progenitores, ainda assim ele não fica totalmente destituído de funções e direitos, visto que, desde logo mantém inevitavelmente a titularidade do “poder paternal”, dada a inextinguibilidade dos efeitos da filiação. Se é certo que perde o direito ativo de educação da criança, permanece titular de poderes-deveres integradores do conteúdo do poder paternal, conquanto não esteja legalmente avalizado a exercê-lo. Tal não é impeditivo do facto de naturalmente se conservarem atos para os quais é indispensável a participação de ambos os titulares. Além do dever de prestação de alimentos (art. 1905, nº1 CC). É neste âmbito que se torna possível configurar o direito de visita como uma contrapartida da prerrogativa da continuidade de vida com a criança, havendo que esclarecer desde já que se entende o direito de visita como um direito-dever, um

⁶⁷ *Ibidem*, 199.

direito-função, um direito a ser exercido não no exclusivo interesse do seu titular, mas, sobretudo, no interesse da criança. Não é, pois, um direito de carácter absoluto, visto que está subordinado ao interesse da criança. Por isso, pode ser limitado ou excluído, ou suspenso provisoriamente.

No quadro do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, o direito de visita traduz, genericamente, o direito concedido ao progenitor sem a guarda dos filhos de relacionar-se e conviver com eles, salientando-se, neste domínio que, por força da complexidade de relações que disciplina, o direito não pode deixar de acolher elementos que envolvem dimensões afetivas, devendo antes acomodá-las na sua normatividade. Para tal, previamente à consagração legal, deveu-se ao importante labor jurisprudencial a necessidade de o direito acolher o direito de visita, o qual, paulatinamente, foi sendo ampliado a um número crescente de titulares, como são os casos dos padrinhos ou dos avós. Com efeito, não se extrai do artigo 1887º-A do CC ou de qualquer outro preceito aplicável que distintas relações, outros efeitos, ainda que relativos a terceiros, que não possam merecer relevo regulatório no momento da decisão incidente sobre o exercício das responsabilidades parentais – nem esta expressão («parentais») nos deve afastar desta conclusão, já que exprime apenas o núcleo e a origem do instituto e não fala da felicidade e dos interesses da criança, que tudo dominam. Deste modo, tendo, a título de exemplo, uma criança estabelecido com o seu padrinho, que dela cuidou desde pequena, uma relação idêntica à de filiação e sendo esta a sua figura primária de referência, o seu interesse reclama a fixação ao mesmo de um regime de visitas, dado que este direito de visita é legalmente admissível, nos termos da al. d) do art. 146.º e no 150.º, ambos da O.T.M., do art. 1410.º do CPC, e Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho de 27/11/2003.

As regras fixadas no Regulamento CE, nº 2001/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, atinentes à criança sobre esta temática, aplicam-se a qualquer tipo de exercício do direito de visita, abstraindo-se da pessoa do seu beneficiário (abrangendo, consequentemente, por exemplo, os avós e terceiros). A sua concretização prescinde de qualquer forma de exercitação tarifada (compreendendo todos os tipos de contacto, tais como os telefónicos e os eletrónicos). Encontramos esta abrangência alargada nos n.ºs 7 e 8 do art. 2.º desse mesmo Regulamento.

Do que se trata pois é de um importante desenvolvimento de noção atualizada do direito de visita, ultrapassando a conceção inicialmente circunscrita à família nuclear, básica, fechada, assente nas relações pais-filhos – foi, justamente, o fechamento do regime regulatório nas relações estritamente emergentes do casamento, assente na aludida família nuclear, que ditou o relativo insucesso do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, revogado pelo Regulamento supra destacado.

O que se visa no direito de visita é, afinal, a permanência dos fortes vínculos de afeto positivo existente entre visitante e visitado, por intermédio da manutenção da convivência entre eles, visando fortalecer a relação como meio de garantir as necessidades emocionais das partes, mitigando, por outro lado, as perniciosas consequências decorrente da rutura das relações de ordem sentimental.

O direito de visita integra uma série de relações, que vão desde contactos ocasionais, a estadias mais prolongadas, bem como quaisquer modalidades de comunicação, cuja *ratio* lemos de forma lapidar no seguinte esclarecimento com cujo conteúdo se concorda:

“O exercício do direito de visita por parte do progenitor não guardião funciona como um meio de manifestar a sua afectividade pela criança, de ambos se conhecerem reciprocamente e partilharem os seus sentimentos de amizade, as suas emoções, ideias, esperanças e valores mais íntimos. [...] O direito não podia ficar indiferente a esta profunda realidade. Simultaneamente biológica e psíquica. Por isso rem vindo a ser dada uma acrescida relevância jurídica a este fenómeno das relações entre pais e filhos após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens.”⁶⁸.

No que respeita aos avós podem socorrer-se da lei quando entendem que estão a ser afastados do convívio com os seus netos, na medida em que a lei reconhece o direito dos netos ao convívio com os avós (ascendentes, parentes em linha reta no segundo grau) e o direito dos avós ao convívio com os netos se e na medida em que esse contacto se revelar conforme ao interesse das crianças. Como corolário – além da consagração legal determinando que os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes - os avós podem recorrer ao Tribunal para que este fixe um regime de contacto com os netos, embora o Tribunal tenha sempre

⁶⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Regulação do Exercício do poder Paternal nos casos de Divórcio**. 4ª Ed. (revista, aumentada e actualizada). Coimbra: Almedina, 2002, 73.

de apreciar se esse contacto, no caso concreto, serve ou não o interesse da criança. Uma vez mais, torna-se imprescindível a valorização da vontade do menor, o que naturalmente depende da sua idade, capacidade de decisão e grau de maturidade, em virtude de o direito de visita ser extensivo ao menor.

Quanto às modalidades e organização do direito de visita em contexto de divórcio ou de separação de pessoas e bens, poderá o direito de visita ser regulado por acordo dos pais e sob homologação pelo Tribunal, ou ainda por decisão judicial infringindo-o aos progenitores desavindos. Refira-se que o acordo dos pais beneficia da preferência do legislador e a imposição judicial do direito em causa é dotado de natureza subsidiária relativamente ao acordo dos pais.

Como requisitos a serem ponderados pelos juízes na determinação do conteúdo do direito de visita elencam-se: as prerrogativas do guardião; o interesse do titular do direito de visita e o interesse da criação em conservar aquela relação, sendo este último elemento o que avulta como mais relevante. Pelo critério da duração, distingue-se habitualmente entre as visitas que ocorrem ao longo do ano e as estadias realizadas durante o período de férias escolares, sendo que o lugar das visitas poderá ser o domicílio da criança, o do titular do direito de visita, ou outro local à escolha do progenitor não guardião.

A intervenção do Estado com o fito de negar o direito de visita, apenas se considerará como lícita quando estejamos face ao mesmo arrimo que cauciona uma medida de assistência educativa ou então uma inibição do poder paternal.

Destacamos que o direito de visita assume simultaneamente uma tutela civil e penal, traduzindo-se a primeira no facto de ser facultado ao progenitor sem a guarda recorrer a diversos mecanismos para fazer valer os seus direitos, tais como a execução coerciva direta e as denominadas medidas de ação indireta, sendo que o julgador dispõe, face ao incumprimento do direito de visita, um vasto leque de soluções pecuniárias com *telos* reparador, punitivo ou compulsivo, sendo de enfatiza o instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos e como sanção punitiva refere-se a multa (tal como consta do art. 181º da OTM) e a medida de tutela compulsiva da prestação de caução pelo progenitor guardião. Quando se menciona que a recusa do cumprimento do

regime de visitas constitui uma conduta passível de sanção penal, tem-se em conta a recusa dolosa das visitas, prolongada no tempo, sem que ao progenitor não guardião seja dada qualquer informação acerca do paradeiro da criança. Há também a situação em que a conduta do progenitor guarda é punida penalmente, por aplicação do art. 348º do CP (desobediência), por motivo de incumprimento de uma decisão judicial, caso o arguido haja sido advertido que o incumprimento da decisão acarretaria que incorresse na prática do crime de desobediência, sendo ainda de mencionar a aplicação do tipo legal de subtração de menores a um dos pais.

Na realidade, o progenitor que não detenha o exercício das responsabilidades parentais encontra-se obrigado à prestação de alimentos à criança e pode exigir ao outro progenitor informações acerca do modo de exercício das responsabilidades parentais, ao abrigo do art. 1906º, nº 6 CC e ainda que não beneficie de uma situação de convívio com a criança tão livre quanto se revela a do progenitor não residente, pode contitular do exercício das responsabilidades parentais, inclusive desfrutando de direitos de visita, conquanto estes se encontrem dependentes do interesse do menor (art. 1906º, nº 5 CC). Aliás, só excecionalmente poderá ser negado o direito-dever de visita, nomeadamente quando o interesse da criança desaconselhe o estabelecimento de um regime de visitas (art. 180º, nº2 da OTM).

Com efeito, o regime de visitas é uma situação que se pode enquadrar ao nível do incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, pois se um dos pais incumprir o que haja sido convencionado ou decidido sobre a regulação das responsabilidades parentais, o outro dispõe da faculdade de requerer ao Tribunal as diligências apropriadas para o cumprimento coercivo e a condenação do inadimplente em multa e em indemnização (art. 181º OTM) a favor do menor ou do requerente ou de ambos. Além do regime de visitas, é igualmente enquadrável no âmbito das situações de incumprimento a proteção específica do crédito de alimentos.

Por conseguinte, a violação do regime de visitas pode ser conducente à aplicação das disposições gerais sobre o incumprimento da regulação do poder paternal, a nova regulação (art. 182º, nº1 OTM) e inclusive ao preenchimento do tipo penal da subtração de menor (art. 249º CP).

Frisamos que o incumprimento extravasa o progenitor, porquanto havendo decisão judicial a regular o direito de visitas dos avós e dos irmãos, relativamente a menor órfão de pai, os mesmos podem lançar mão do incidente de incumprimento referido no art.º 181, da O.T.M. em caso de incumprimento da decisão judicial por parte da mãe do menor.

Com efeito, assumindo o direito de visita a natureza jurídica de um direito-dever, constitui ele próprio a essência dos direitos parentais para o progenitor não guardião do menor, funcionando, neste sentido, como um meio desse progenitor, não guardião do menor, manifestar a sua afetividade para com o filho, estreitando laços, partilhando e transmitindo-lhe valores e sentimentos. Daí que, o afastamento de um dos pais da vida da criança é uma situação que se apresenta, em si mesma, como contrária aos interesses da própria criança e, por conseguinte, há que salvaguardar, com vista à manutenção das relações pessoais e fortalecimento dos laços afetivos entre pais e filhos. Ora, o recurso a meios coercivos estabelecidos no art. 181º, nº 1, da OTM, pressupõe o não cumprimento culposo por parte do faltoso.

A este propósito salientamos que, já na edição de 1979, da Organização Tutelar de Menores, Comentada e Anotada por Antonino Antunes, surgia o entendimento de que o incidente de incumprimento previsto no art. 181.º da OTM é aplicável às situações de não cumprimento que contemplam também a regulação das visitas. Mais se acrescenta que essa perspetiva doutrinária tem vindo a ser reforçada, no plano do direito europeu, tanto pelo labor da doutrina, como pelo da jurisprudência, com vista à preservação desejável no interesse da criança de vinculação afetiva entre os filhos(as) e o progenitor sem a guarda desses filhos. Arrima-se esse importante ponto de vista, na natureza jurídica do direito de visita que se assume como um direito-dever e não um direito subjetivo propriamente dito, como forma de tal progenitor colaborar também com o progenitor, que tem a seu cargo os menores, no exercício efetivo das responsabilidades parentais em relação aos seus filhos. Acresce ainda a imposição da salvaguarda do interesse do próprio menor em manter com aquele progenitor, a quem não foi confiada a guarda, relações de proximidade, elemento-chave que surge no ordenamento jurídico português, no art. 1905º do CC, possibilitando, na prática, por essa via, ao progenitor não guardião dos menores, que o conteúdo do poder paternal inserido nos artigos. 1885º e ss.. do CC alcance expressão real e alcance a plenitude do

seu sentido, até porque, considera-se, o principal princípio a defender é o do reconhecimento ao progenitor, a quem a guarda não foi confiada, de um direito de visita de forma quase automática ou presumida, sufragando-se, portanto, a seguinte perspectiva: “O direito de visita constitui um direito irrenunciável, devido à indisponibilidade das relações familiares” e que o incumprimento desse direito “acarreta as sanções correspondentes”⁶⁹.

Em síntese: na sequência da Lei 84/95, de 31 de agosto, o direito de visita do progenitor sem a guarda da criança passa a ser encarado legalmente como um direito-dever, estando a sua regulamentação dependente do interesse do menor.

1.4. Obrigação de alimentos

“Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”
(artigo 36º, nº5 da Constituição da República Portuguesa)

Desde logo há que frisar que a obrigação de alimentos – tomando-se a noção de alimentos em sentido vasto por abranger não apenas as necessidades básicas indispensáveis à sobrevivência do alimentado, mas igualmente o acervo de condições imprescindíveis à promoção do desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança⁷⁰ - a favor dos filhos deriva diretamente da relação de filiação (de tal forma que continua a ser exigível ainda que os pais estejam inibidos do exercício das responsabilidades parentais – cf. art. 1917º, CC.). Por outro lado, a obrigação de alimentos - quando se trata de filhos menores - não se configura como uma obrigação de alimentos stricto sensu nem como um dever autónomo e independente das outras prestações a que os progenitores se encontram vinculados. Acresce que o dever de proteção do filho, durante a menoridade, é de tal intensidade que nem os escassos recursos dos progenitores podem desonerá-los do seu cumprimento. Daí que o dever de assistência e sustento obrigue os pais a partilhar com o filho os seus rendimentos até ao limite da

⁶⁹ HERNANDEZ, Rivero, “El Derecho de Visita. Ensayo de Construction Unitaria”. In: **El Derecho de Visita de Los Menores en Las Crisis Matrimoniales**, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1982, 242.

⁷⁰ Neste sentido, estipula o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.09.2008 que: “Alimentos são obrigações de prestação de coisa ou de facto que visam satisfazer o sustento, a habitação, o vestuário e bem assim, se o alimentado for menor, a sua instrução e educação.”

sua própria subsistência⁷¹. É aliás precisamente a constatação da impossibilidade de autossatisfação de necessidades vitais que justifica a imposição legal da obrigação de alimentos no seio da família (art. 2009º, CC), desse modo se reforçando a união e coesão do grupo familiar e o seu papel protetor.

Procedendo-se ao enquadramento jurídico da questão agora em apreço, sublinha-se que a Constituição da República Portuguesa, nos arts. 36º e 67º e ss., tutela a família e enfatiza a sua importância para a *realização pessoal dos seus membros* (CRP). Com efeito, do ponto de vista constitucional, a educação e a manutenção dos filhos constitui, não apenas um dever, mas também um direito dos pais, em igualdade de circunstâncias (art. 36º, nº 5, da CRP). De modo inequívoco, o texto constitucional sublinha a importância do papel dos pais, garantindo-lhes a proteção da sociedade e do Estado nessa insubstituível ação em relação aos filhos (cf. art. 68º, nº1, da CRP).

No que respeita ao artigo 36º, nº5 da CRP estamos face a um nuclear direito-dever subjetivo integrador da responsabilidade parental, da obrigação de cuidado parental, sem excluir a colaboração do Estado, designadamente ao nível da educação, conforme estipula a Constituição (arts. 67º, nº2 c) e 68º, nº1), enfatizando-se, na esteira de Gomes Canotilho e Vital Moreira que:

“ [...] «educação» tem aqui um sentido distinto e bastante mais amplo do que o «ensino»: abrange designadamente todo o processo global de *socialização e aculturação*, na medida em que ele é realizável dentro da família.”⁷²

Quanto ao direito e dever de manutenção, segundo os mesmos autores:

“ [...] ele envolve especialmente o dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das capacidades económicas dos pais, até que eles estejam em condições (ou tenham obrigação) de o fazer. Daí o fundamento da *obrigação de alimentos* por parte do progenitor que não viva com os filhos.”⁷³

Já no direito infraconstitucional, o Código Civil estabelece que os filhos (até à maioridade ou emancipação) estão sujeitos às responsabilidades parentais (art. 1877º) e que, como corolário da filiação, compete aos pais, no interesse daqueles, prestar-lhes, além do mais, assistência (aqui se incluindo o dever de alimentos), para assegurar-lhes o seu desenvolvimento físico e intelectual (cf. arts. 1874º, 1878º, nº1 e 1885º, todos do

⁷¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 4519/08.7TBAND. L 1-7.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 565.

⁷³ *Ibidem*.

CC). Nos termos do artigo 1978º, nº1 do Código Civil, incumbe aos pais, no superior interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde dos mesmos; prover ao seu sustento (primeiro patamar de célebre pirâmide de necessidades de Maslow), acompanhar e facultar a sua educação, representá-los, mesmo que sejam nascituros bem como proceder à administração dos seus bens. Daqui resulta, de forma inequívoca que:

“Ao lado de exigências de cariz económico – prover ao sustento dos filhos e educação – encontram-se obrigações de carácter infungível de protecção e de formação moral. [...] Este dever só termina quando os filhos estejam em condições de suportar pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, os mencionados encargos (nº1 do art.º 1878.º do CC) e não termina com a maioridade dos filhos. Se o filho, embora tenha atingido a maioridade, que se atinge aos 18 anos (art.º 130.º do CC) ou for emancipado, emancipação que se obtém pelo casamento (art.º 132.º do CC) e ainda não tiver completado a sua formação profissional, mantém-se a obrigação prevista no art.º 1879.º do CC *na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete* (art.º 1880.º do CC).”⁷⁴.

Desta forma, a prestação alimentícia a favor dos filhos menores insere-se num conjunto mais amplo de poderes-deveres (irrenunciáveis) que os progenitores exercem no interesse dos descendentes, designadamente um dever geral de assistência e sustento. Da perspetiva jurisprudencial tal princípio axial, coaduna-se com o seguinte trecho do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 junho 2011:

“O princípio da proporcionalidade (previsto no art. 2004º, do CC) só deve ser chamado a intervir depois de salvaguardado o limite mínimo da obrigação de alimentos a cargo do progenitor, correspondente à (s) necessidade (s) básica (s) /essencial (is) do menor, limite mínimo esse que se impõe a todo e qualquer progenitor, independentemente das suas condições socioeconómicas e culturais, e que tem a ver com a quantia necessária à sobrevivência e ao desenvolvimento daquele; só depois, encontrado esse ponto mínimo da prestação de alimentos, é que hão-de intervir os meios económicos do primeiro para que os alimentos a fixar ao filho menor sejam assegurados pela «máxima medida possível», para que este desfrute de um nível de vida semelhante/equivalente ao que lhe seria proporcionado caso ambos os progenitores vivessem em comum e ele fizesse parte do respectivo agregado familiar.”

⁷⁴ MELO, Helena Gomes *et.al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 95. Numa breve referência, em termos de direito comparado, ao que sucede, a este respeito no Brasil, retém-se o seguinte comentário: “Com referência à redução da maioridade, de 21 para 18 anos, tal em nada afeta a obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos. A maioridade não faz cessar, por si só, a obrigação de prestar alimentos, persistindo mesmo depois da maioridade do filho, em face da solidariedade entre os parentes. O Código Civil não vincula a obrigação alimentar entre parentes a qualquer limite etário (CC 1.1696). Aliás, a jurisprudência, de forma bastante tranquila, sempre manteve os alimentos para além da maioridade: basta estar o filho estudando.” DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 670.

Assim sendo, nas ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais propostas contra os progenitores do menor, em que se visa, além do mais, a fixação de uma prestação alimentícia a cargo dos requeridos, impende sobre estes o ónus de alegar e provar a (absoluta) impossibilidade de os prestar (seja para efeitos do disposto no nº 2 do art. 2005º do CC ou do nº3, do art. 2009º do mesmo Código).

Nos casos de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, compete aos pais chegarem a um acordo no que concerne ao exercício do poder paternal, um acordo em que haverá que caber também a questão do direito aos alimentos. Um tal acordo é indispensável quando estamos perante a situação de divórcio por mútuo consentimento. Via de regra, os alimentos fixam-se em prestações pecuniárias, geralmente mensais, devendo elas cumprir o requisito da proporcionalidade no que tange aos recursos financeiros de que dispõe o progenitor, assim como às necessidades da criança. Frisamos que este acordo tem de ser objeto de homologação judicial, até porque o Tribunal poderá decidir que o acordo não salvaguarda, de modo cabal, os interesses do(a) menor.

Fazemos referência ainda ao Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores⁷⁵. Através deste, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social assegura o pagamento das prestações de alimentos quando as prestações não sejam realizadas pelo respetivo devedor, por razões de comprovada incapacidade económica, em virtude da sua situação social e financeira (por exemplo: desemprego ou). Assim, o Estado chama a si o encargo relativo às prestações alimentares, dessa forma substituindo-se ao progenitor devedor e até que este desfrute das condições necessárias para diligenciar o cumprimento dessa prestação a que foi obrigado pelo Tribunal. Porém, para que o(a) menor possa ter o benefício do pensão de alimentos, por via do Fundo de Garantia, é preciso que se encontrem preenchidos os seguintes requisitos: o menor residir em território nacional; o menor ou a pessoa que o tenha à sua guarda não goze de rendimento líquido superior ao salário mínimo nacional e o obrigado a prestar alimentos incumprir a obrigação a que se encontra vinculado e desde que não seja viável o recurso à dedução do valor da pensão no seu salário ou noutras formas de rendimento.

Quanto à sua tramitação processual, esse pagamento das prestações por intermédio do Fundo de Garantia deverá ser requerido junto do Tribunal (onde correu o

⁷⁵ Cf. <http://www4.seg-social.pt/fundo-de-garantia-de-alimentos-devidos-a-menores> (consultado em 7 de maio de 2014).

pedido de alimentos ou da regulação do poder paternal), pelo Ministério Público ou por aqueles a quem a prestação de alimentos deveria ter sido realizada. O montante das prestações a pagar pelo Estado, que está a substituir o devedor, terá de se determinar pelo Tribunal após ponderação de elementos como: a capacidade económica do agregado familiar, o valor da prestação de alimentos fixado e incumprido e as necessidades concretas do menor. O valor mensal que o Estado pagará não poderá, todavia, ser superior a €300. Caso o Tribunal decida que o pagamento das prestações de alimentos será feito pelo Fundo de Garantia, nesse caso, o pagamento realizar-se-á através do Centro Regional de Segurança Social da área de residência da criança e terá início no mês após ao da notificação da decisão judicial.).

É de acrescentar que quem recebe a prestação deve fazer, anualmente, uma renovação da prova de que o menor continua a necessitar e beneficiar do direito à prestação de alimentos, a pagar pelo Estado, mediante o Fundo de Garantia.

Tal como se lê no Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12.02.2008:

“1 -A responsabilidade do FGADM reveste a natureza de uma obrigação própria, autónoma ou independente, subsidiária ou residual e actual, que visa, sobretudo, acudir às necessidades presentes e futuras do menor e que são causadas pelo não cumprimento de anterior obrigação da pessoa por ela vinculada judicialmente.

2 -A lei faz depender o dever de o Estado (através do FGADM) de prestar alimentos da verificação cumulativa dos seguintes requisitos ou pressupostos: a) existência de sentença judicial que condene pessoa a prestar alimentos (devidos) a menor, fixando o montante dessa prestação; b) que haja incumprimento (total ou parcial) dessa obrigação; c) que o obrigado tenha a sua residência no território nacional; d) que os rendimentos líquidos do menor não sejam superiores ao salário mínimo nacional; e) que o menor não beneficie, na mesma quantidade, de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre.

3- É pressuposto legal para que o FGADM assuma a obrigação de pagar alimentos a menor o reconhecimento da impossibilidade ou da inviabilidade (no momento) da cobrança coerciva dos alimentos devidos a esse menor pelo seu progenitor a eles obrigado. Esse reconhecimento é normalmente feito na sequência do incidente do incumprimento previsto no artº 189º da OTM.

4- Porém, nada impede que no próprio processo de regulação do exercício do poder paternal, reconhecida que seja logo aí a impossibilidade manifesta do progenitor poder cumprir a obrigação alimentar a que aí ficou adstrito a favor de seu filho menor, se imponha logo nessa mesma sentença, reguladora desse

exercício, ao Fundo a obrigação de prestar alimentos ao menor, e independentemente da referida sentença não ter ainda transitado em julgado.”⁷⁶.

Os alimentos devidos ao menor na sequência do divórcio dos pais, e na medida em que os rendimentos do progenitor sem a guarda o viabilizem, visam, sobremaneira, tutelar quer a integridade física da criança, quer o direito a desfrutar de um nível de bem-estar análogo ao que a família dispunha antes da ocorrência do divórcio⁷⁷.

Realçamos que a legitimidade para reclamar as prestações vencidas na pendência da menoridade dos descendentes recai sobre o progenitor com quem reside o menor (progenitor guardião), inclusive após a maioridade do filho. Isso mesmo é defendido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2010.03.25, processo n.º 2195/06⁷⁸. Releva igualmente ter em conta que os créditos de alimentos não são passíveis de compensação (art. 2008º do CC), assim como o direito incidente sobre alimentos não é suscetível de renúncia ou cedência, conquanto haja a possibilidade de se renunciar às prestações vencidas, nos termos do artigo 2008.º, n.º1 do CC).

Destacamos que quando o incumprimento da obrigação de pagamento da pensão de alimentos, por parte de quem está legalmente obrigado e em condições de o realizar, fizer perigar a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades basilares do menor, apresenta-se preenchido o crime previsto no artigo 250º do Código Penal. A mesma situação ocorre quando quem, com o propósito de não pagar os alimentos, se coloca na impossibilidade de os prestar, assim causando risco para a subsistência do menor, nos termos do artigo 250º, nº2 do mesmo Código. A *ratio* de tais previsões encontra-se no seguinte entendimento face ao qual se manifesta concordância:

⁷⁶ In: <http://www.trc.pt/direito-civil/4879-agravo886065tbcv1ac1.html> (Consultado em 14-09.2013). Cf. também Lei nº75/98, de 19 de novembro.

⁷⁷ Cf. a este propósito: VAZ, Maria João Romão Carreiro, “Child Support as are Effect of Divorce in Potugal and Europe”. **Handbook of Legal Policy**. Stuart S. Nagel University of Illinois, 2000, 259.No mesmo sentido segue o Acórdão da Relação de Lisboa, de 20.11.2007: “ É a partir das necessidades dos menores que deve ser formulado o cálculo da prestação mensal de alimentos devida pelos progenitores aos filhos, necessidades estas correspondentes ao nível de vida que aos filhos foi proporcionado pelo casal que os progenitores formaram enquanto viveram juntos [...]”.

⁷⁸ Consultado na publicação CJ/ST, T I, 147 e da RL, de 2010.03.04, publicado na CJ, T II, 73.

“O pagamento da pensão de alimentos não constitui, de modo algum, uma contrapartida do progenitor com quem o menor não reside para poder participar na sua vida e com ele ter uma relação saudável.”⁷⁹

Para lá da punição criminal acima configurada para a situação de incumprimento da obrigação sob análise, em tais situações- limite, advogamos, estar-se perante um motivo atendível de exclusão do exercício conjunto das responsabilidades parentais. Baseamos este entendimento na seguinte posição doutrinária: “[...] consideramos que o progenitor com quem o menor não reside não apresenta capacidade para exercer as responsabilidades parentais, pelo que o seu exercício conjunto deve ser afastado.”⁸⁰. Por outro lado, destacamos que os alimentos são devidos desde a data do acordo celebrado entre progenitores, ou não tendo sido possível a obtenção de tal acordo, desde a data da propositura da ação ou da data em que o devedor incorreu em mora (art.º 2006.º do CC).⁸¹ Ainda assim, em virtude da alteração introduzida no artigo 250.º do CP pela Lei n.º 61/2008, o incumprimento da obrigação em apreço aquando do vencimento não determina, imediatamente, a verificação do crime previsto nesse artigo, já que é preciso que decorra o prazo de dois meses a contar da falta inicial de cumprimento da obrigação, no caso dos n.ºs 1 e 2 desse artigo do CP. Já quanto ao elemento subjetivo, o tipo legal implica o dolo que deverá abarcar todos os elementos do tipo.

Realçamos ainda que a Lei n.º 61/2008, que teve o mérito de introduzir relevantes modificações no que concerne ao exercício das responsabilidades parentais, não alterou o regime de alimentos a filhos previsto no Código Civil. Ainda assim o artigo 250.º do CP, veio traduzir a redação alterada pelo art. 7.º da Lei n.º 61/2008, sendo de elencar os elementos do crime comuns aos n.ºs 1 a 4 do art. 250.º do CP, ou seja, o tipo objetivo de ilícito é composto pelos seguintes aspetos: a existência de uma

⁷⁹ MELO, Helena Gomes *et.al.* **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 165.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ A este propósito, julga-se pertinente o seguinte ponto de vista: “Mesmo que os pais não cheguem a acordo, será desejável que na conferência o juiz fixe desde logo provisoriamente a sua medida, nos termos do art.º 157º da OTM, ouvindo prévia e sumariamente os pais, indagando dos seus rendimentos e despesas. O menor não dispõe, na generalidade dos casos, de quaisquer rendimentos para custear as suas despesas diárias, pelo que é aconselhável fixar-se desde logo um regime provisório que depois será alterado, se necessário, de acordo com a prova produzida. As partes também poderão, por sua iniciativa, requerer ao tribunal a fixação do referido regime provisório.”*Idem*, 97.

obrigação, consagrada legalmente, de alimentos; a capacidade do agente para dar cumprimento à obrigação; o não cumprimento da obrigação⁸².

Em suma, no que respeita à obrigação de alimentos, acolhemos como relevante o princípio estipulado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-05-2007:

“Uma obrigação de alimentos, uma vez estabelecida, é tão vinculativa como qualquer outra, e o seu cumprimento pontual assume mesmo maior relevo do que a generalidade das obrigações”⁸³

Tal como defende Remédio Marques, posição que subscrevemos:

“ [...] no particular dos *alimentos devidos aos menores*, os progenitores só se podem subtrair ao cumprimento da obrigação, contando que provem a ausência total de recursos económicos depois de satisfeitas as necessidades básicas da auto-sobrevivência.”⁸⁴

Ora, esta é uma situação particularmente candente face ao atual contexto de crise económico-financeira em Portugal e ao elevado número de desempregados. Numa análise sucinta desta situação é preciso ter como assente, tal como firmado no Acórdão nº 668/05 do Tribunal da Relação de Coimbra, o seguinte:

“Desde que se modifiquem as condições que se utilizaram para fixar os alimentos, desde que as necessidades económicas de quem recebe e as disponibilidades financeiras do familiar que paga se alterem, a lei permite que o quantitativo da prestação se adapte a todo o momento à evolução desses dois factores. De harmonia com o art.2012º/C.C., os alimentos podem ser alterados quando as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem, podendo requerer-se que eles sejam reduzidos ou aumentados ou que outras pessoas os passem a prestar.”⁸⁵

Interessante, acerca desta matéria, é explicitar o modo como o Tribunal da Relação do Porto pronunciou em relação a um pai que invocou a sua situação de desemprego para fundamentar a sua pretensão de ver reduzida a pensão de alimentos

⁸² Anota-se ainda a seguinte ressalva: “A previsão do n.º 1 do art.º 250º do CP apenas exige que a obrigação de alimentos seja legal, ou seja, que resulte da lei. Nada impõe que a obrigação tenha que ter sido assumida por acordo, embora possa tê-lo sido, nem que tenha sido fixada por sentença judicial. A sua fixação nestes termos servirá como indicador para a medida de alimentos. Se esse é o valor em que as partes acordaram é porque as mesmas reconhecem que é esse o valor que traduzia a disponibilidade do obrigado e as necessidades do alimentado.” MELO, Helena Gomes *et.al.*, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, 102.

⁸³ Cf. *Base Jurídico-Documental do MJ*, www.dgi.pt

⁸⁴ MARQUES, Remédio, **Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos aos Menores)**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 371-372.

⁸⁵ Cit. In Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 06-12-2011: <http://www.divorcio-pronto.com/images/pdf/Acordaos/desemprego-pensao-alimentos.pdf> (Consultado em 14. 10. 2013).

fixada a favor do seu filho, estando, justamente, em causa a vertente de cariz patrimonial das responsabilidades parentais que é a obrigação de alimentos a filho menor, onde há que introduzir o binómio necessidades do alimentando e possibilidades do obrigado a prestar alimentos (nos termos do artigo 2004.º, n.º 1 CC). Convoca-nos o Acórdão em apreço para a necessidade de atendermos

“ [...] à especial natureza da obrigação de alimentos a menores, que justifica a indisponibilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e insusceptibilidade de ser sujeita a compensação, há que lhe atribuir um particular relevo no confronto com outras obrigações.”⁸⁶.

Em virtude dessa especialíssima relevância não pode a situação económica dos pais sobrelevar sobre as necessidades dos filhos, propugnando este acórdão o seguinte:

“A obrigação de alimentos não pode ser postergada em nome de despesas inerentes a uma maior comodidade do obrigado (pois estando desempregado não se pode dizer que o automóvel seja necessário para fins profissionais). Não pode o apelante pretender ver reduzida a prestação de alimentos devido a seu filho, dispondo de um veículo automóvel em que se desloca (doutro modo não faria sentido pagar imposto de circulação automóvel). A necessidade do seu filho sobrepõe-se à sua comodidade.”⁸⁷.

Por conseguinte, o que de modo mais veemente se pretendeu firmar neste tópico é que a obrigação de alimentos se configura, sobremaneira, como um dever fundamental (como decorre do artigo 36.º, nº5 CRP), porquanto se trata de uma prestação integrante de um dever privilegiado, como correlativo do direito fundamental dos filhos à manutenção por parte dos pais, sendo um caso paradigmático do que é qualificável como deveres reversos dos direitos correspondentes; de “direitos deveres ou poderes-deveres dotados de uma *dupla natureza*”⁸⁸.

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 06-12-2011: <http://www.divorcio-pronto.com/images/pdf/Acordaos/desemprego-pensao-alimentos.pdf> (Consultado em 14. 10. 2013). No mesmo sentido vai a seguinte perspetiva: “O desemprego, se o alimentante se colocar voluntariamente numa situação em que é incapaz de arranjar emprego, não dispensa o alimentante de cumprir a obrigação de alimentos. Para este efeito devem ser elaboradas regras para imputar rendimentos a pais desempregados de acordo com a sua capacidade de trabalhar e de ganhar dinheiro. O mesmo se passa nos casos em que o progenitor sem a guarda está a diminuir o seu rendimento ou a fazer despesas excessivas [...] deve ser possível presumir rendimentos de acordo com determinados índices, sendo admitida a prova testemunhal para apurar os rendimentos do obrigado a alimentos.”, SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011, 299-300.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 06-12-2011: <http://www.divorcio-pronto.com/images/pdf/Acordaos/desemprego-pensao-alimentos.pdf> (Consultado em 14. 10. 2013).

⁸⁸ ANDRADE, Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012, 169. Nessa linha: “O dever de alimentos é de interesse e ordem pública, concepção alicerçada na filosofia de que quem traz ao mundo está obrigado a sustentar, devendo assumir essa obrigação como um dever-direito e que a dispensa de contribuição só poderá ocorrer perante a

Uma nota final serve para alertarmos que, após as situações de divórcio, da separação dos pais ou do fim da vida em comum, a pensão de alimentos, judicialmente fixada em sede das ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou, mais especificamente, ao nível das ações de alimento, muitos passos haverá ainda a trilhar, porquanto a pensão de alimentos, segundo Ana Maria Braga da Cruz:

“[...] não é voluntariamente paga por aqueles que a ela estão judicialmente obrigados, nem é não raras vezes susceptível de cobrança coercitiva. São os casos de ausência para parte incerta, detenção, desemprego sem subsídio, doença prolongada ou trabalho clandestino. Uma solução seria conferir ao Ministério Público e àqueles a quem a pensão de alimentos devia ser entregue legitimidade para requerer nos próprios autos em que é suscitado o incumprimento da pensão de alimentos o pagamento desta por parte do Estado (à semelhança do que acontece com o denominado Regime Jurídico de Proteção às Vítimas de Crimes Violentos) competindo aos requerentes fazer prova da impossibilidade de obter o pagamento da pensão pelos meios coercivos normais (artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores, ou seja, ação executiva.”⁸⁹.

demonstração de qualquer incapacidade laboral, permanente ou definitiva, do progenitor, que o iniba de diligenciar por uma actividade profissional que lhe permita cumprir os seus deveres para com o menor.”, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-04-2012, In: <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/663cffee5c7ef74b802579ea003310b7?OpenDocument> (Consultado em 17.10.2013).

⁸⁹ CRUZ, Ana Maria Braga da, “Cobrança da Pensão de Alimentos”. In: **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 109-110.

1.4. A Alienação parental

Um dos fenómenos mais malévolos para as crianças na sequência das ruturas entre os progenitores é, sem dúvida, o da alienação parental que, infelizmente, pontifica em muitos processos de regulação das responsabilidades parentais, sendo, não raro, as crianças utilizadas como instrumentos de um progenitor para agredir o outro, para afastá-lo, em última instância, da vida da criança. Ora, o direito não pode deixar de exercer vigilância, no sentido primacial de proteção do interesse superior dos menores, relativamente a estes contextos nos quais a criança é manipulada, instrumentalizada, por um dos progenitores, sendo eles cada vez mais presentes na sociedade atual⁹⁰ convocando, pois o direito a encontrar respostas e soluções adequadas para evitar ou punir um tal procedimento tão pernicioso para o salutar desenvolvimento das crianças.

Segundo R. Gardner ⁹¹, do ponto de vista das ciências médicas e sociais, a alienação parental pode definir-se como um transtorno caracterizado por um acervo sintomatológico resultante do processo por via do qual um progenitor modifica a consciência dos seus filhos, visando romper vínculos com o outro progenitor. Na mesma linha, segundo Eduardo Sá e Fernando Silva:

“No fundo, em termos práticos, a alienação parental consiste na manipulação psicológica dos filhos, com o intuito de provocar nestes sentimentos de rejeição, de imputar culpas ou provocar, de qualquer forma, uma trajectória de desmoralização desse mesmo progenitor. Corresponde a todas as situações em que o progenitor que tem a criança à sua guarda, a viver consigo, vai educando esta, com o intuito de fomentar o ódio perante o outro.”⁹².

Como ponto prévio da reflexão sobre esta matéria, convém ter presente que a regulação do poder paternal, na vertente da guarda do menor e exercício do “poder paternal”, deve ser encarada não como um bem dos pais, mas, essencialmente, como um direito do menor consubstanciado no interesse deste, na valorização da sua personalidade a todos os níveis, determinante para um crescimento harmonioso e

⁹⁰ A chamada de atenção para a cada vez maior recorrência da alienação parental é, entre outros, assinalada por TRINDADE, Jorge, “Síndrome da Alienação Parental” (SAP). In: **Incesto e Alienação Parental**. Editora Revista dos Tribunais, IBDFAM, s.d., 101.

⁹¹ GARDNER, R., **The Parental Aleination Syndrome**. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, 1998.

⁹² SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando, **Alienação Parental**. Coimbra: Almedina, 2011,10.

equilibrado, conforme decorre da Convenção sobre os Direitos da Criança de 26/01/1990 e do artigo 1905, n.º 2 do Código Civil.

Através de decisões desejavelmente céleres e eficazes, cumpre aos Tribunais, para lá do reconhecimento de que a alienação parental é muitíssimo lesiva do bem-estar da criança, imporem medidas que permitam superar essa situação, nelas se conjugando, por um lado, a proteção da criança e a responsabilização do alienante, por outro e correlativa defesa dos legítimos interesses do progenitor alienado, aliás a lei, no artigo 182º da OTM, contempla inclusive a alteração de regime de regulação do poder paternal previamente definido. Foi nesse espírito, cremos, que se plasmou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/01/2010⁹³ de que se citam alguns trechos:

“I – Configurando-se situações que imponham que se proceda a uma reanálise do que possa ter sido acordado, ou determinado, em termos de confiança, na medida em que a respectiva demonstração importe num desequilíbrio que possa afectar o normal desenvolvimento da criança, prevê a lei a alteração do regime de regulação do poder paternal previamente definido. II – Como potenciador da necessária alteração, configura-se o designado Síndrome de Alienação Parental, como um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e confiança da criança, caracterizado por um conjunto de sintomas resultantes do processo (alienação parental) pelo qual um progenitor transforma a consciência do seu filho, com o objectivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos da criança com o outro progenitor. [...] Desta forma, o apartamento de um progenitor, sem justificação que o imponha por razões, desde logo, de segurança do menor, fomentado pelo outro progenitor, ainda que sem uma programação sistematizada de todo um processo, dirigida a gerar, e obter, um real e efectivo afastamento do menor em relação ao progenitor que não guarda, não pode deixar de ser algo que deve ser prevenido, mas sobretudo combatido, e necessariamente ponderado, em conjunto com as respectivas competências parentais quando, como no caso dos autos, foi pedida a intervenção do tribunal, com vista à alteração do regime de regulação do poder paternal antes definido”.

Consideramos que este fenómeno da alienação parental mergulha as suas raízes numa mudança social, que o direito não deixou de acompanhar, decorrente da reivindicação legítima de uma paternidade participativa no quotidiano dos filhos. Se

⁹³ In: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/9510293a13ca4ab3802576d3004430db?OpenDocument> (consultado em 20 setembro 2013). Refira-se que o Tribunal da Relação de Évora (27/09/2007) foi o primeiro a utilizar o conceito de alienação parental como fundamento das decisões judiciais, propugnando o Tribunal a doutrina seguinte “IV – Se apesar de todas as cautelas na regulação os progenitores persistirem nas relações entre ambos, em utilizar as crianças como objecto da sua guerrilha e como veículo de transmissão dos sentimentos negativos que nutrem um pelo outro, haverá de ponderar a confiança da criança a terceira pessoa, já que a manutenção neste quadro familiar, pode ser altamente pernicioso para o seu desenvolvimento físico, psíquico e afectivo da criança.”

tradicionalmente o pai se conformava, aquando da rutura conjugal, com uma participação reduzida ao encargo da prestação dos alimentos e às visitas regulares, hodiernamente o pai já não aceita esse papel e tampouco se submete aos escolhos provocados por mães que se sentem “proprietárias” dos filhos, e, também por essa razão, se defende neste estudo que a guarda compartilhada é, sem dúvida, um grande contributo para superar esse quase poder absoluto sobre os filhos exercido por um dos progenitores.

Ora, o enquadramento da alienação parental faz-se, não raro, por existir uma vingança perpetrada por quem não soube fazer o luto da separação, usando o filho para denegrir a imagem do outro, o que se afigura como um abuso do poder paternal por parte do progenitor alienador e gerador da destruição do vínculo paterno-filial⁹⁴.

Não obstante, se relevar esta matéria – e mesmo a jurisprudência e boa parte da doutrina lhe votaram uma importância crescente – Maria Clara Sottomayor procede a uma análise crítica da síndrome de alienação parental⁹⁵, defendendo que a recusa das crianças à relação com um dos progenitores é multifatorial, pelo que, do seu ponto de vista, não resulta de uma única causa como, segundo a autora, pretende a tese da síndrome da alienação parental advogada pelo médico Richard Gardner nos EUA, em 1985. Insurgindo-se nomeadamente contra a jurisprudência portuguesa, considera a autora: “A SAP tem sido invocada, em Portugal e em Espanha, por psicólogos ou advogados, e aplicada pelos Tribunais, sem qualquer teste à sua validade científica.”⁹⁶.

⁹⁴ “O filho é utilizado como instrumento de agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Este fenómeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. Entretanto, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores. [...] Num jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido.”, DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 473-474. Cf. também TRINDADE, Jorge, “Síndrome de alienação parental”. In: DIAS, Maria Berenice (coord.), **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 21-32. Cf. ainda sobre este tema: FEITOR, Sandra Inês, **A Síndrome da Alienação Parental e o seu tratamento à luz do Direito dos Menores**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

⁹⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**. 5ª Ed. (revista, aumentada e actualizada). Coimbra: Almedina, 2011, 155 e ss..

⁹⁶ *Ibid.*, 180.

Defendemos, para a ultrapassagem desta situação tão desestabilizadora das crianças que é urgente uma mudança legislativa que penalize os pais que manipulam os filhos contra o outro progenitor (ao contrário de países como o Brasil e o Canadá, a alienação parental ainda não se encontra criminalizada em Portugal), além do que haverá que apostar na formação dos juízes e na sua sensibilização para esta questão, bem como uma enfatização do papel da mediação familiar, até porque a abordagem desta temática da alienação parental tem por base o conceito jurídico de interesse primordial da criança como diretriz das decisões litigiosas acerca do exercício das responsabilidades parentais, pelo que o seu aprofundamento não deixará de dar um contributo significativo para a plêiade de conflitos potencialmente desencadeados nos processos de rutura, havendo que proteger as crianças.

Tendo em conta que, contra o paradigma tradicional, os pais valorizam crescentemente a paternalidade daí decorrente, afinal, uma maior participação na vida quotidiana dos filhos/as, neste seu afã absolutamente legítimo e salutar ele sente-se muitas vezes feio no seu direito por parte da mãe que, não raro, se sente como que proprietária das crianças, desejando exercer sobre estas um poder absoluto.

Também por essa razão reiteramos a nossa defesa de que a guarda conjunta foi um efetivo e profícuo triunfo para reverter esta situação em que, ao abusar do poder paternal, o genitor alienador busca por todos e ínvios meios para persuadir os filhos a acreditar que se sentirão amedrontados na presença do não guardião e, gradualmente, eles passam a interiorizar a versão que lhes vai sendo inculcada, criando inclusive a sensação nas crianças que as lembranças muitas vezes efabuladas realmente ocorreram, o que não pode deixar de desencadear contradição de sentimentos e mesmo destruição do vínculo paterno-filial.

Assim, e em jeito de síntese, realçamos esta perspetiva com a qual concordamos:

“O filho é utilizado como instrumento de agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de uma verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Este fenómeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. Entretanto pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo com outros cuidadores. Assim, alienador pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu

companheiro [...] Neste jogo de manipulações, todas as armas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. [...] Sejam as acusações falsas ou verdadeiras, a criança já é vítima de abuso. Sendo verdadeiras, a vítima sofrerá as consequências devastadoras que este tipo de abuso proporciona. Sendo falsas, ela é vítima de abuso emocional, que põe em risco o seu desenvolvimento sadio.”⁹⁷.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito Das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2013, 473-475.

III PARTE

CAPÍTULO I: PROBLEMATIZAÇÃO DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

1. Debate de algumas soluções quando o desenvolvimento das crianças não é possível junto da família biológica

Em decorrência de uma salutar abordagem multidisciplinar, na qual as ciências humanas assumem posição de destaque, atenta aos danos psicológicos causados aquando duma inadequada atuação da retirada urgente da criança em perigo, tem-se verificado uma preocupação crescente acerca dos comportamentos a evitar, sendo aventadas algumas condutas e cuidados a ter em conta, no respeito aliás dos princípios que regem a lei de proteção de crianças e jovens em perigo, nomeadamente ao seu recurso como o última *ratio* a implementar, em virtude da sua importância e riscos, havendo que, previamente, esgotar as alternativas de colocação na família alargada, do afastamento do agressor da residência e do acompanhamento da criança com o progenitor de melhor referência.

"A intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo."⁹⁸.

Tendo em conta o interesse superior da criança, a situação pode envolver diferentes estratégias, tais como: O regresso à família biológica nuclear ou alargada, diretamente ou com a mediação de uma família de acolhimento; adoção nacional ou internacional, quando não é possível a integração na família biológica; colocação numa instituição de carácter permanente que assegure um acompanhamento dinâmico e individualizado, quando esgotadas todas as possibilidades de integração familiar.

Quanto ao instituto de acolhimento familiar foi formalmente estabelecido em Portugal em 1979, pelo Decreto-Lei n.º 288/79, de 13 de Agosto, sob a designação de colocação familiar, mais tarde atualizado pelo Decreto-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro

⁹⁸ In: **Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Anotada e Comentada**, 2003, 22.

e, recentemente, pela Lei 147/99, de 1 de Setembro, de proteção das crianças e jovens em perigo. Nos termos da Lei portuguesa, trata-se de uma prestação de ação social, de carácter transitório, por uma família considerada idónea. Visa garantir um meio sociofamiliar adequado ao desenvolvimento da personalidade da criança, apenas quando todas as possibilidades de manutenção na família de origem estejam esgotadas.

Uma outra solução a chamar à colação, até porque permite que as crianças não permaneçam em instituições e adquiram um ambiente marcadamente familiar, é o instituto do apadrinhamento civil (relação jurídica parafamiliar), aprovado pela Lei n.º 103/2009 de 11 de setembro tendo o Decreto-lei n.º 1/2010 de 27 de outubro estabelecido os requisitos para a habilitação dos candidatos ao apadrinhamento civil, regulamentando aquela Lei. O escopo deste instituto é promover a desinstitucionalização de crianças e jovens em situação de perigo que não possam ser integradas numa família adotiva, nem voltar para a sua família de origem, através da constituição de uma relação parafamiliar tendencialmente permanente. Trata-se de uma figura jurídica que se pode situar entre adoção restrita e a tutela, que somente termina com revogação judicial e nos casos previstos na lei.

O apadrinhamento civil visa facultar o alargamento do conjunto das respostas que se podem constituir como projeto de vida das crianças e dos jovens que não beneficiam de forma plena dos cuidados parentais dos progenitores e não se encontram em situação de adotabilidade. Constitui uma nova forma de integração para as crianças e os jovens que não reúnem os pressupostos da adotabilidade, ou para os quais a adoção se tornou inviável (nomeadamente porque já não têm a idade mais procurada), mas que também não podem regressar à família biológica. A decisão de colocar uma criança ou jovem junto de uma pessoa ou família ao abrigo do apadrinhamento civil depende do acordo dos seus pais biológicos e de uma decisão de um juiz. Ainda assim, acerca do consentimento dos pais frisa-se que não obstante, em regra, seja necessário o consentimento dos pais do afilhado para o apadrinhamento civil (alínea c) do n.º 1 do art.º 14.º), o tribunal pode dispensar esse consentimento, além de outros casos, “*quando, tendo sido aplicada qualquer medida de promoção e proteção, a criança ou o jovem não possa regressar para junto deles ou aí permanecer por persistirem factores de perigo que imponham o afastamento, passados 18 meses após o início da execução da medida*” (alínea e) do n.º 4 do art.º 14.º). Sendo certo que o apadrinhamento civil,

embora em regra deva ser da iniciativa de alguma das pessoas ou entidades referidas no n.º 1 do art.º 10.º da Lei n.º 103/2009, pode também ser constituído oficiosamente pelo tribunal (n.º 3 do art.º 10.º) e pode constituir-se em qualquer altura do processo de promoção e proteção (n.º 3 do art.º 13.º da Lei n.º 103/2009).

Por sua vez, a escolha das pessoas habilitadas a receber crianças ou jovens ao abrigo do apadrinhamento civil depende do preenchimento de várias condições, nomeadamente a nível da sua capacidade emocional, afetiva e económica. Através deste instituto a criança ou jovem é integrada: num ambiente familiar, ficando confiada a uma pessoa ou a uma família, que exerce os poderes próprios dos pais, através do vínculo do apadrinhamento civil, estabelecendo-se entre eles vínculos afetivos que permitam o bem-estar e desenvolvimento da criança.

O apadrinhamento civil assume-se como uma medida tutelar cível com características próprias, tendencialmente de carácter permanente e que cede perante a adoção, pois não pode aplicar-se quando se verificarem os pressupostos da confiança com vista à adoção.

Em síntese: “O apadrinhamento civil é um vínculo jurídico que, em regra, concilia a manutenção de vínculos biológicos com os vínculos afetivos típicos do apadrinhamento, constituindo no nosso ordenamento jurídico um meio apto a proporcionar uma solução de proteção a crianças em perigo, de carácter definitivo, sem ser a confiança para adoção.”⁹⁹.

Como apreciação crítica, consideramos que a consagração jurídica do apadrinhamento civil foi extremamente positiva, até porque verificava-se, no ordenamento jurídico português, desde há muito, um vazio que impunha a necessidade de criar uma figura jurídica intermédia que estivesse entre a adoção plena e o regresso da criança aos pais biológicos, uma medida por via da qual a criança continuasse a manter o contacto com os pais biológicos, sendo limitados os direitos dos pais adotivos (figura aparentada, por conseguinte, com a adoção restrita, tão caída em desuso). Além disso, em virtude da tónica dos afetos e da propiciação de um ambiente familiar – o que

⁹⁹ In: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 2288/08.0TCLRS.L1-2, de 22-11-2012. <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16ad382f1d0af9de80257aca005cdf49?OpenDocument> (consultado 26.11.2013).

distingue, no essencial, esta figura da tutela – o apadrinhamento civil tem como primacial propósito:

“ [...] permitir o desenvolvimento e/ou a criação de vínculos afectivos, tidos como indispensáveis para um desenvolvimento equilibrado e saudável da criança ou jovem, conferindo-lhe a possibilidade de desenvolver laços afectivos próprios das relações familiares de grande proximidade, tudo isto num ambiente que suporte o seu desenvolvimento integral”¹⁰⁰.

Tem como destinatários crianças e jovens cujos pais não estejam em condições de exercer de modo adequado as responsabilidades parentais, evitando-se, nomeadamente, a sua institucionalização ou pondo termo à mesma. Os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, ressalvadas as limitações previstas no compromisso de apadrinhamento civil ou na decisão judicial que estabeleça o apadrinhamento (n.º 1 do art.º 7.º da Lei n.º 103/2009). É um vínculo jurídico que, em regra, concilia a manutenção de vínculos biológicos com os vínculos afetivos típicos do apadrinhamento.

Com efeito, ressalvados os casos de pais que tenham sido inibidos das responsabilidades parentais por terem infringido culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes (n.º 3 do art.º 14.º e corpo do n.º 1 do art.º 8.º da Lei n.º 103/2009), os pais do afilhado beneficiam de diversos direitos, nos termos regulados no art.º 8.º da Lei n.º 103/2009, que lhes permitem, de forma que em concreto será mais intensa ou mais ténue, acompanhar o percurso de vida do filho. Tal flexibilidade, porém, tem um limite: *“não se pode constituir um apadrinhamento civil – e entregar as responsabilidades parentais aos padrinhos – e depois entregar a criança ou o jovem mais ao cuidado dos pais do que dos padrinhos”*¹⁰¹.

São sobejamente conhecidos os impactos negativos associados ao acolhimento em instituição, como sejam: reduzida promoção da individualidade, dificuldade no estabelecimento de relações estáveis com figuras significativas, desresponsabilização por parte da família, estigma social, o que não deixará de acarretar consequências

¹⁰⁰ **Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil anotado** -número especial do Observatório Permanente da Adopção, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. Março de 2011, 7.

¹⁰¹ In: **Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil anotado**. Op. Cit., 22.

nefastas para o pleno desenvolvimento de crianças e jovens, designadamente perturbações ao nível do desenvolvimento e comportamento

Neste sentido defendemos, ao nível das medidas de colocação, a preferência pela medida de acolhimento familiar, ou então o apadrinhamento civil, que têm o mérito fundamental de propiciar à criança ou jovem um modo de vida mais consentâneo com o desenvolvimento da sua esfera de individualidade e uma mais salutar inserido no quotidiano da comunidade, sendo mesmo o acolhimento familiar a medida de colocação preferencial, numa breve referência ao direito comparado, em países como o Reino Unido, Irlanda e Dinamarca – o que não se verifica em Portugal, em que, porventura por razões históricas, culturais e até por falta de divulgação ao nível da captação de famílias acolhedoras, o acolhimento institucional continua a ser predominante, conquanto seja de assinalar que a institucionalização de crianças tem sido encarada de uma perspetiva mais positiva, a fim de proporcionar às crianças acolhidas um local de vida mais individualizado, afetivo e motivador, o que passa pela diminuição do número de crianças internadas por unidade de acolhimento, pela abertura ao contacto com a família ou outras pessoas ligadas à criança e a uma melhor inserção na comunidade, o que aliás vem ao encontro do imperativo constitucional preceituado no artigo 69º CRP. Neste é, com efeito, consagrado um direito das crianças à proteção, sendo impostos os correlativos deveres de prestação ou de atividade ao Estado e à sociedade. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Trata-se de um típico «direito social», que envolve deveres de legislação e de ação administrativa para a sua realização e concretização.”¹⁰².

¹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 869.

2.As situações de crise familiar e as necessidades dos menores

2.1.Impacto da separação e divórcio nos filhos

Em termos constitucionais, o artigo 67º CRP é lapidar quanto à qualificação da família, considerando-a *elemento fundamental da sociedade*. Para lá deste artigo axial, são, multímodos os normativos constitucionais que visam garantir e promover o sucesso da vida familiar, como sejam: normas consagradoras da maternidade e da paternidade como «valores sociais eminentes», considerando o papel dos progenitores como «insubstituível» (artigo 68º, nºs 1 e 2 CRP); normas que atribuem aos pais o «direito e dever de educação e manutenção dos filhos» (artigo 36º, nº5 CRP) ou ainda que estipulam o direito das crianças ao seu «desenvolvimento integral» (artigo 69º, nº1 CRP). Do ponto de vista infraconstitucional, destacamos, no Código Civil, a norma que obriga os pais a manter o convívio dos filhos com irmãos e ascendentes (artigo 1887º- A CC) ou ainda a norma permissiva do exercício conjunto do poder paternal de pais não unidos pelo casamento (artigo 1911º, nº3).

Tendo concedido natural importância às situações de crise familiar, não deixou o legislador de atender, em especial, às necessidades dos menores. Com efeito, o legislador visa, nesta matéria, ir ao encontro do melhor interesse do menor, desde logo, no modo como regula, em geral, os processos resultantes da crise familiar. A título meramente exemplificativo realçamos os seguintes: os processos correm em tribunais de competência especializada, que, na verdade, se encontram melhor capacitados para lidar com estas situações envoltas em especial melindre; os processos caem no âmbito da designada jurisdição voluntária, assim se permitindo uma maior maleabilidade do papel do juiz. Além disso, o tribunal conta com o auxílio de pareceres de especialistas de áreas afins ao Direito, na linha do estipulado nos artigos 1778º e 1905º do CC.

Defendemos, aliás, que esse especialíssimo cuidado face a situações de rutura e de crise familiar com repercussões tendencialmente perniciosas para os filhos, cuja notória vulnerabilidade terá de ser rigorosamente atendida, terá estado, *in fine*, na génese da opção do legislador português pela consagração da faculdade de decidir a guarda conjunta dos filhos, após o divórcio (artigo 1906º, nº2 e nº3 CC). Acresce que,

mesmo quando o menor é confiado somente a um dos progenitores, a lei tem como escopo que ele conserve «uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não tenha sido confiado» (artigo 1905º, nº 1 e nº2 CC), o que vem na esteira da necessidade de mitigar o forte impacto, maioritariamente negativo, nos filhos ante a rutura da ligação dos pais, assim se procurando potenciar o maior grau de coesão familiar possível, não obstante a situação de rutura e as consequências adversas que acarreta para os filhos.

Com efeito, o divórcio determina sempre mudanças importantes no dia-a-dia da criança, gerando insegurança e fragilidades.

“Globalmente os sentimentos mais frequentes na criança são:

- Sentimento de perda (de um dos pais, da casa, do seu modo de vida).
- Insegurança, medo de ficar só e de ser rejeitado ou abandonado.
- Revolta ou agressividade contra um ou até contra ambos os pais.
- Sentimentos de culpa, sentindo-se responsável pela separação.
- Sentimento de estar “dividido por dentro”, tendo de tomar o partido de um dos pais contra o outro.
- Desejo de juntar novamente os pais e recuperar a segurança perdida.

As crianças ou adolescentes mais frágeis correm o risco de descompensar perante a experiência difícil do divórcio dos pais, em particular se este é litigioso e envolve a criança nos conflitos.”¹⁰³.

Em jeito de síntese, concordamos, portanto, com a seguinte perspetiva:

“Por tudo isto, entende-se que o processo de divórcio e, consequentemente, a definição de responsabilidades parentais, quando existirem filhos menores, é um processo que requer do casal a capacidade de comunicar e de se focar no papel parental, processo em que a mediação familiar [como apontámos e refletimos supra] pode contribuir para encontrar o acordo que melhor compensa as crianças e os pais.”¹⁰⁴.

¹⁰³ In: <http://usf-fanzeres.min-saude.pt/educacao/Documents/Divorcio.pdf> (Consultado em 20 de janeiro 2014)

¹⁰⁴ SEVERINO, Rita, **As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais. Mediação Familiar em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, 33.

Conclusões

Foram multímodos os elementos a que este labor nos conduziu, dos quais, de uma maneira necessariamente sintética, cumpre agora elencar e enfatizar.

Desde logo O “poder paternal” extravasa em muito a sua configuração enquanto simples meio de suprimento da incapacidade dos menores. Acresce, no que tange às especificidades do exercício das responsabilidades parentais, que se ambos os pais exerciam estas responsabilidades, o divórcio, a separação de pessoas e de bens, a declaração de nulidade ou anulação do casamento, a separação de facto dos cônjuges e a cessação da união de facto por volição de um dos seus membros, não pode deixar de acarretar mudanças ao nível do regime do exercício do das responsabilidades parentais, e, por isso, remetemos, em especial, para os artigos 1905º, 1906 e 1911º, nº2 do CC.

Outra matéria que procurámos densificar associa-se à mudança introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, já que antes dela o exercício do poder paternal era, normalmente, da competência exclusiva de um dos progenitores, até porque o exercício conjunto tinha como pressuposto um acordo firmado de ambos os pais, a ser homologado pelo juiz ou aprovado pelo MP¹⁰⁵.

Ora, e do nosso ponto de vista, representa um avanço positivo, cujos argumentos para esta valoração aduzimos *supra*. Na atualidade a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais pelos pais, deixando de ter relevância a existência ou não de acordo dos pais relativamente ao exercício conjunto. Todavia – e procurámos aludir neste estudo à controvérsia doutrinal respeitante ao atual regime-regra - contra esse regime que defendemos, advoga Rita Lobo Xavier¹⁰⁶ que falta demonstrar a natureza consensual da obrigatoriedade do exercício conjunto na sociedade portuguesa, sustentando a existência de circunstâncias que desaconselham a aceitação pelos juízes dessa imposição legal, dando como exemplos situações de intensa conflituosidade e mesmo a manifestação de uma vontade em sentido contrário da parte dos progenitores.

¹⁰⁵ Atentamos na visão crítica das antecedentes disposições legais acerca do exercício conjunto do poder paternal, em sequência do divórcio, advogada por OLIVEIRA, Guilherme de, “O regime do Divórcio em Portugal. A propósito do novo projeto espanhol – um caso de «paralelismo espontâneo?»”. In: **Lex Familiae**, n.º4, 2005,16-18.

¹⁰⁶ XAVIER, Rita Lobo, **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro)**. Coimbra: Almedina, 2009, 66-67.

Grosso modo, esse regime conjunto é contestado por duas ordens de razões: por haver prescindido do acordo; por não ter enveredado pela orientação da denominada «guarda alternada». Este último argumento é o que é salientado por Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira- Estes autores defendem que esse regime conjunto, no que respeita, às questões de particular importância, só excecionalmente poderá ser eficaz, propondo também, preferencialmente, o regime da guarda alternada, pelos motivos seguintes:

“ [...] por importar uma virtual situação de convivência, aparentemente desfasada face à radicalização da ruptura conjugal que conduziu ao divórcio ou à separação coexistencial [...].”¹⁰⁷.

Em termos terminológicos, adotámos a perspectiva segundo a qual, acerca do que há que entender por “guarda conjunta” - uma vez que, em rigor, guarda não é o mesmo que responsabilidades parentais, sendo um entre vários poderes insertos nas responsabilidades parentais- acolhemos neste labor de investigação, a seguinte clarificação conceitual:

“Tendo em conta o critério da residência do menor, a guarda em sentido amplo pode ser *física* (e legal) ou só *legal*. Se houver o exercício conjunto das responsabilidades parentais, a guarda física pertence ao pai cuja residência foi fixada como residência habitual do menor, enquanto ao outro compete somente a guarda legal. Deste modo, na prática, o sistema português do exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio ou outras situações de ruptura (ou quando os pais nunca viveram juntos), tende a ser de *guarda conjunta legal sem guarda conjunta física*.”¹⁰⁸.

Outro elemento axial que norteou este estudo foi, na esteira das políticas públicas do final do século XX e início do século XXI, a assunção das crianças e dos seus direitos como uma preocupação prioritária. Demos, assim, prevalência jurídica, nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança ao interesse superior da criança

Por outro lado, esta súmula, em jeito de balanço da pesquisa realizada, não pode deixar de salientar o fenómeno de uma desjudicialização da resolução dos litígios como desejável, passando-se de um modelo de justiça institucional imposta ou adversarial, com preponderância do Direito, dos Tribunais e da tramitação judiciária, para uma justiça negociada e de proximidade (negociação e relevância de técnicos de ciências

¹⁰⁷ CORTE-REAL, Pamplona & PEREIRA, José da Silva, **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL, 2008,101-104.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009, 325.

sociais). Esses conflitos familiares transferem, desta forma, a sede em que são dirimidos para entidades administrativas, granjeando, assim, cada vez mais relevância os mecanismos de mediação e/ou conciliação, daí termos aflorado a questão da mediação familiar.

Pretendemos, ao longo deste estudo, destacar que no regime da filiação foram introduzidas alterações significativas, não apenas com a substituição da expressão *poder paternal*, por *responsabilidades parentais*, mas com a introdução, como regra, do *exercício em comum das responsabilidades parentais*, quer os pais nunca tenham vivido juntos, quer vivam em união de facto, mas não tenham declarado que o *poder paternal* fosse exercido em comum, pondo igualmente fim à presunção de que o poder paternal cabia ao progenitor detentor da guarda do filho, presumindo-se que seria a mãe.

Segundo a tendência de muitos países, procurámos enfatizar como também em Portugal o legislador seguiu – e bem, como fomos defendendo ao longo desta pesquisa – a linha da responsabilidade conjunta dos pais, inclusive nos casos em que estes não se encontram casados ou não vivam em condições análogas às dos cônjuges (união de facto). Assim se conseguindo evitar – tal como defendeu a Comissão para um Direito da Família Europeu, seguindo a Recomendação R (84) 4 – que apenas um dos progenitores, regra geral a mãe, ficasse responsável pelas decisões da vida do filho, depois do divórcio. Com efeito, sublinhamos, os pais devem ter direitos e deveres iguais no exercício das responsabilidades parentais.

Pode inclusive concluir-se neste âmbito que o especial cuidado nas situações de rutura esteve na génese às mudanças introduzidas pelo legislador português, mormente a consagração da faculdade de decidir a guarda conjunta dos filhos na sequência do divórcio e mesmo quando o menor seja confiado apenas a um dos progenitores, a lei visa assegurar que ele conserve uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não haja sido confiado.

Apesar do princípio fundamental do exercício conjunto das responsabilidades parentais, em variadas situações a realidade não permite que esse ideal de dinâmica relacional pais/filhos se concretize. Por essa razão, como evidenciámos, as decisões sobre os atos da vida corrente dos filhos poderão estar na disponibilidade de um dos progenitores, ou seja, um deles atua sozinho, segundo as suas convicções e pressupondo a salvaguarda do superior interesse do menor. No entanto, segundo o artigo 1906º, nº6 do Código Civil “ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as

responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente, sobre a educação e as condições de vida do filho.” Na circunstância de estarmos perante questões de particular importância, nomeadamente, educação, tratamento médico, residência, administração dos bens das crianças, os pais deverão tomar decisões em conjunto. Assim, se a decisão cabe aos dois progenitores, nenhum deles poderá tomar uma decisão sem a anuência do outro. Perante situações de urgência, um dos pais pode tomar as providências necessárias, ficando adstrito, todavia, a informar o outro em tempo útil. Se os pais não chegarem a um consenso sobre uma questão em que deveriam decidir em conjunto podem solicitar a intervenção do Tribunal para dirimir as suas divergências e encontrar uma solução para a questão, tendo em conta o interesse do menor. Caso o menor tenha maturidade, o Tribunal deverá ter em conta a sua opinião no momento em que define o exercício das responsabilidades parentais.

Por último, procurámos defender como o melhor modelo pós-rutura dos pais a guarda conjunta, que se traduz na coabitação da criança com cada um dos pais, alternadamente, sendo que ambos os progenitores exercem conjuntamente os diversos poderes-deveres atinentes à pessoa e aos bens do menor, sendo que se trata de um modelo ideal – pois, infelizmente, “Neste tempo, rápido e implacável, os menores vão continuar a ser os pequenos peões que se arriscam, quotidianamente, nas veredas perigosas que os adultos e a Família lhes reservam, distraidamente”¹⁰⁹ - no sentido do mais desejável, conquanto não possa nem deva ser imposta contra a vontade dos pais, já que essa solução subentende um acordo alicerçado em pressupostos como a capacidade de cooperação entre os pais; a existência de compromissos dos pais quanto às várias dimensões da vida dos filhos.

É nesse sentido que vai a nossa interpretação do atual artigo 1906º, nº1 do Código Civil e também a jurisprudência, como lemos neste trecho de um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa:

“ [...] no âmbito da guarda conjunta, e diferentemente da guarda alternada, existe somente a mudança de um ambiente físico determinado. Mas mantêm-se os projectos e decisões em comum, com ambos os pais a partilharem e a envolverem-se no crescimento da criança, pese embora o final da relação conjugal ou de vida em comum. Assegurando, por essa via, o saudável e

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, “Protecção de Menores/Protecção familiar”. 2ª Ed. In: **Temas de Direito da Família**. Nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 303.

equilibrado desenvolvimento da criança, ou do adolescente, sem estarem de costas voltadas, numa aproximação que reduz a conflitualidade nas relações e permite o diálogo sobre *as orientações educativas mais relevantes a adoptar em relação ao menor e as questões de particular importância que envolvam a vida deste*, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do art. 1906º do CC. Não deixando de ser conjunta pelo facto de qualquer um dos progenitores ser confrontado com a necessidade de agir sozinho, porquanto, neste caso, sempre deverá prestar informações ao outro nos precisos termos impostos pelo normativo legal citado.”¹¹⁰.

Para finalizar este estudo – o qual não teve uma pretensão de exaustividade, antes foi perspectivado como uma pesquisa que não deixa de lançar um repto para futura investigação de maior fôlego – defendemos a necessidade de um cruzamento interdisciplinar dos direitos da criança: o jurídico, o sociológico e o psicológico, porquanto a respeito da matéria analisada, mister se torna enfatizar que o Direito deve encetar pontes com outros domínios do saber.

Estes são, sem dúvida, uma importante mais-valia para a densificação do conceito indeterminado referente ao *interesse superior do menor* e para que possa o Direito encontrar, casuisticamente, as melhores soluções em favor dos menores em situações de disfunção familiar, de separação ou de divórcio.

Contributos da psicologia, especialmente da psicologia infantil, revelam-se essenciais, devendo coadjuvar os juízes nas decisões de questões de tão melindrosos contornos.

Essa é a perspetiva, com a qual manifestamos veemente acordo, de Finlay & Gold¹¹¹ advogando estes autores que os juízes são insuficientemente versados em matéria de psicologia.

Na verdade, pensamos, o recurso às ciências sociais não deixa de revelar-se uma ferramenta valiosa, pelo que os juízes chamados a decidir sobre uma matéria tão sensível deverão ter em conta o acervo de reflexões interdisciplinares.

¹¹⁰ In:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument> (Consultado em 21 janeiro 2014)

¹¹¹ FINLAY, A. & GOLD, Stanley, “The Paramount Interest of the Child in Law and Psychiatry”. In: **The Australian Law Journal**. Vol. 45, February, 1971, 82 e ss..

Nesta mesma linha valorativa, destacamos o ponto de vista seguinte:

“A dimensão interdisciplinar do conceito de interesse da criança postula, portanto, a assistência da psicologia e em geral de todas as ciências sociais humanas para o preenchimento do seu conteúdo, atenuando a dificuldade da decisão do juiz.”¹¹².

¹¹² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal*. Porto: Publicações Universidade Católica, , 2003, 91. Mais acrescenta a mesma autora: “ Esta colaboração entre ciências sociais e o direito faz-se a dois níveis: a um nível teórico, segundo o qual as ciências sociais, através das suas teorias e estudos empíricos, tornariam possível uma determinação positiva e generalizada do interesse da criança, o que permitiria ao juiz decidir com base numa teoria psicológica que lhe indicaria qual a melhor solução para o interesse da criança. A um nível processual, de acordo com o qual, os tribunais de família são coadjuvados no exercício da sua atividade de investigação por um corpo de peritos, cuja função é a de avaliar a personalidade das partes e da criança, fazer exames psicológica a estas, etc., assim proporcionando ao juiz um conhecimento mais profundo da família e da realidade social e psicológica que a envolve.” *Ibidem*, 91-92.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Rui de e ALBUQUERQUE, Martim de – **História do Direito Português**. Vol. I. Tomo II. Lisboa, 1993.
- AMATO, P. R. – The consequences of divorce for adults and children. In: *Journal of Marriage and Family*, 62, 1993, 1269-1287.
- ANDRADE, Manuel de – *Teoria geral das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.
- ANDRADE, Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ARIÈS, P. – **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**. Lisboa: Relógio D'Água, 1960.
- BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro - **Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1990.
- BERGER, M. - **A criança e o sofrimento da separação**. Lisboa: CLIMEPSI Editores, 1998.
- BERRIDGE, D. - **Foster Families**. In P. Foley, J. Roche, & S. Tucker (Eds.), *Children in Society* (169-116). New York: Hampshire, 2001.
- BOLIERO, Helena e GUERRA, Paulo - **A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CAMPOS, Diogo Leite de– **Lições de Direito da Família e das sucessões**. 2ª Ed. Rev. e Actualizada. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CLEMENTE, Rosa -**Inovação e Modernidade no Direito de Menores, a perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2009.
- CORTE-REAL, Pamplona & PEREIRA, José da Silva – **Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL, 2008.
- CRUZ, Ana Maria Braga da, Cobrança da Pensão de Alimentos. In: **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 101-110.
- DABIN, Jean – *Le Droit Subjectif*. Paris : Dalloz, 1952.
- DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- DINIS, J. - Esquema de Protecção à Criança Privada de Meios Social e Familiar Normais. In: Comissão Nacional para o Ano Internacional da Criança (Ed.), **ACriança Portuguesa. Subsídios para o seu Bem-Estar Social**. Lisboa: Comissão Nacional para o Ano Internacional da Criança e Direção Geral da Divulgação, 1979.
- EPIFÂNIO, Rui e FARINHA, António – **Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito de Menores e de Família**. Coimbra: Almedina, 1997.
- FARINHA, A. H. L. e LAVADINHO, C.- **Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais**. Coimbra: Almedina, 1997.
- FARINHA, António– Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais. In: **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 193- 203.
- FEITOR, Sandra Inês– **A Síndrome da Alienação Parental e o seu tratamento à luz do Direito dos Menores**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FIALHO, António José – Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lisboa: Centro de Estudos judiciais, 2012. (Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/GuiaDivorcioRespParent_v103.pdf).
- FINLAY, A. & GOLD, Stanley– The Paramount Interest of the Child in Law and Psychiatry. In: **The Australian Law Journal**. Vol. 45, February, 1971.
- FOUCAULT, Michel - **Surveiller et punir. Naissance de la Prison. Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Trad. bras. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Editora Vozes. S.d..
- FREEMAN, Michael – **The Moral Status of Children. Essays on The rights of the Child. Kluwer Law International**, 1997.
In:http://users.ugent.be/~rdecorte/documenten/doctrine/JV/Jan_Verplaetse_Moral_Status_Children.pdf
- GARDNER, R. – **The Parental Alienation Syndrome**. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, 1998.
- GENTRY, D. G.– Facilitating Parent-child Communication during Divorce Mediation. In: **Society Journal Contemporary Human Services**, 78 (3), 1997, 316-319.
- GOMES, A. S.– **Responsabilidades Parentais**. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- GUERRA, Paulo & BOLIEIRO, Helena – **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das**

Crianças e Jovens. Coimbra. Coimbra Editora, 2009.

HERNANDEZ, Rivero - El Derecho de Visita. Ensayo de Construction Unitaria. In: **El Derecho de Visita de Los Menores en Las Crisis Matrimoniales**, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1982.

LOPES, Alexandra Viana Parente – Divórcio e Responsabilidades Parentais – Algumas Reflexões sobre a Aplicação do Novo Regime. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. 1º Semestre de 2009, n.º11. Coimbra: Almedina, 2009.

MARTINS, Rosa – **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARQUES, Remédio - **Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos aos Menores)**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge– **Poder Paternal e Assistência Social**. Lisboa: Direcção Geral da Assistência. Gabinete de Estudos Sociais. Série A – N.º 1, 10, 1969.

MELO, Helena Gomes, RAPOSO, João Vasconcelos, BARGADO, Manuel do Carmo *et. alt.*– **Poder Paternal e Responsabilidades parentais**. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2010.

MENDES, V. - **Legislação sobre Crianças e Menores**. Porto: Legis Editora, 1997.

MENG, Heinrich -**Coacção e Liberdade na Educação**. 2ª Ed. Moais Editora, s.d.

Ministério da Justiça e Ministério do Trabalho e da Solidariedade- **Reforma do Direito de Menores**. **Lisboa**: Ministério da Justiça e Ministério do Trabalho e da Solidariedade, 1999.

Ministério da Justiça- Pareceres sobre Poder paternal, Direitos da Criança, Interesse do menor, Tratamento médico, Abuso de Direito, Conflito de Deveres. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, 418, 1992, 285-316.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira - **Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas**. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de- **Temas de Direito da Família**. 2ª Ed. Aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O regime do Divórcio em Portugal. A propósito do novo projeto espanhol – um caso de «paralelismo espontâneo»? In: **Lex Familiae**, n.º4. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de – A Nova Lei do Divórcio. In: **Revista Lex Familiae**, Ano 7, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota e PINTO, Paulo Mota – **Teoria Geral do direito Civil**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- POLANSKY, N. A. *et al.* – **Damaged Parents; An Anatomy of Child Neglect**. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida - **O Divórcio e Questões Conexas**. 3ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida – **Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa**. 10ª Ed. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil anotado** - número especial do Observatório Permanente da Adopção, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. Março de 2011.
- RIBEIRO, M. S. T. – **As crianças e o divórcio**. Lisboa: Editorial Presença, 2007.
- SÁ, E. – O poder paternal. In: **12 Volume Comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 61-88.
- SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando – **Alienação Parental**. Coimbra: Almedina, 2011.
- SANTOS, Eduardo dos (1999) – **Direito da Família**. Coimbra: Almedina. 1999.
- SEVERINO, Rita – **As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais. Mediação Familiar em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. In: **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio. In: **Direito da Família e Política Social**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, 143 – 162.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**. 5ª Ed. (revista, aumentada e atualizada). Coimbra: Almedina, 2011.
- TAVARES, José – **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**. 2ª Ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1930.

TORRES, A. C.– **Divórcio em Portugal, Ditos e Interditos**. Oeiras: Celta Editora, 1996.

TRIGO, Luísa Ribeiro & ALBERTO, Isabel - As múltiplas faces da institucionalização de crianças e jovens. In **Intervenção com crianças, jovens e famílias**. Universidade do Minho. Coimbra: Almedina, 2010.

TRINDADE, Jorge – Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) – **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em ver**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 21-32.

VAZ, Maria João Romão Carreiro – Child Support as are Effect of Divorce in Potugal and Europe. In: **Handbook of Legal Policy**. Stuart S. Nagel University of Illinois, 2000.

XAVIER, Rita Lobo – **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais** Coimbra: Almedina, 2009.

LEGISLAÇÃO:

Constituição da República Portuguesa

Código Civil

Código Penal

Código do Processo Penal

Código do Processo Civil

Organização Tutelar de Menores

Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Regulamento CE n.º 2201/2003

Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro

Lei n.º 89/95, de 31 de agosto

Lei n.º 59/99, de 30 de junho

Regulamento CE n.º 1347/2000

Decreto-Lei n.º 1/2010, de 27 de outubro

Jurisprudência

Acórdão: do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de janeiro de 2009.

Acórdão: do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de junho de 2011.

Acórdão: do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de fevereiro de 2008.

Acórdão: do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2010.

Acórdão: do Tribunal da relação de Lisboa, de 24 de maio de 2007.

Acórdão: n.º 668/05 do Tribunal da Relação de Coimbra.

Acórdão: do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de janeiro de 2010.